Das Dorf-Testament

(§ 2249 BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Eduard Schmidt
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Fischer.**
Korreferent: Professor Dr. **Schott.**

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Begründung zum preußischen Ausführungsgesetze.

Beseler, Georg, Die Vergabung von Todeswegen nach dem älteren deutschen Rechte. 1835.

Dennler und von der Pfordten, Abhandlung in den Blättern für administrative Praxis Nr. 9 und 10 bezw. 7 und 8.

Dernburg, Allgem. Landrecht. 3. Aufl.

Dernburg, Pandekten. Bd. 3.

Deutsche Juristenzeitung. 1901. S. 280.

Eccius-Förster, Allgem. Landrecht. 5. Aufl.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 5 S. 48; Bd. 6 S. 173 ff.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 5. Heft 3: Entscheidungen des Kammergerichts vom 2. 3. 1905. S. 238.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd 50 S. 215 ff. und 16; Bd. 58 S. 297 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl.

Fritz, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 5.

Johow Bd. 24 S. 89.

Juristische Wochenschrift. Beilage Nr. 3 und 7: 1902 bezw. 1903 S. 216 bezw. 64; 1904 S. 116 ff., 144, 208; 1905 S. 24.

Koch, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. 8. Aufl.

Koch, Das preußische Erbrecht aus dem gemeinen Recht entwickelt.

Krueger, Paul, Corpus iuris civilis: codex Justinianus. 7. Aufl. 1900.

Lauff, Löffler, Werner, Abhandlungen in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins. Bd. 1 S. 308 ff. bezw. 417 ff. bezw. 420 ff.

Marezoll, Archiv für Zivilpraxis.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 5. Amtliche Ausgabe.

Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück. XLII.

Pauli, Dr. **Karl Wilhelm,** Das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lübischem Rechte. 1841.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechtes. 1902.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. (1. und 2. Aufl.) 1902.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Achilles, Spahn, Gebhard. (Bd. 5), sowie im Original.

Protokolle zum Einführungsgesetze.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 3 S. 73, 74, 377; Bd. 6 S. 315; Bd. 8 S. 413; Bd. 9 S. 422.

Rehbein und **Reincke**, Allgem. Landrecht. 4. Aufl.

Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher. Bd. 2.

Sauer, Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905 Nr. 3 S. 69 ff.

v. Schmitt, Begründung des Entwurfs eines Erbrechts.

v. Schmitt, Entwurf eines Rechts der Erbfolge für das Deutsche Reich. 1879. Vorlage des Redaktors Dr. v. Schmitt.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 5. S. 29.

Siegel, Heinrich, Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters. 1853.

Sintenis Bd. 3.

Stark, Joh. Martin, Der Kölner Reichsabschied von 1512 nach dem Gerstlacherschen Texte mit erläuternden Anmerkungen. Frankfurt a. M. 1799.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 2. Aufl. 1906.

Wächter, Tübinger kritische Zeitschrift. Bd. 2.

Windscheid, Pandekten. Bd. 3.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

I. Teil. Geschichtliches.

Einleitung: Standpunkt des deutschen Rechts vor der Rezeption[1]) und die Wirkung der Rezeption.

Dem deutschen Rechte war vor der Berührung desselben mit dem römischen Rechte das Rechtsinstitut des Testaments, d. h. die einseitige, letztwillige und willkürlich-widerrufliche Willensordnung fremd. In diesem Zeitabschnitt kennt das deutsche Recht nur das dem römischen testamentum entsprechende Rechtsinstitut „der Vergabung von Todeswegen". Die Vergabung war aber im Gegensatz zu dem testamentum nicht eine Verfügung über das als Nachlaß gedachte Vermögen des Verfügenden über den Tod hinaus, die erst mit dem Tode des Verfügenden rechtliche Bedeutung erlangt, sondern nur eine Ordnung derjenigen Verhältnisse, auf die der Verfügende, dadurch, daß er noch lebte, eine unmittelbare Einwirkung hatte. Sie war eine mit Rücksicht auf den Tod getroffene Ordnung der Verhältnisse, deren rechtliche Wirkung sich aber nicht erst nach dem Tode des Verfügenden, sondern sogleich mit der Vergabung äußerte. Aus dieser Tatsache folgte aber die Notwendigkeit, daß der Erbe bei der Vergabung mitwirken, seine Einwilligung geben mußte: Also beim römischen testamentum strenge Einseitigkeit und darum willkürliche Widerruflichkeit des Rechtsgeschäftes; bei der deutschrecht-

---

[1]) Literatur: 1. Die Vergabung von Todeswegen nach dem älteren deutschen Rechte, Georg Beseler 1835; 2. das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters von Heinrich Siegel 1853; 3. das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lübischem Rechte von Dr. Karl Wilhelm Pauli 1841.

lichen Vergabung aus dem Verhältnis der Gewere folgende Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäfts und Gebundenheit des Verfügenden.

Dies war der Rechtszustand, als römisches Recht durch die Rezeption mit dem deutschen in Berührung kam.

Aus dieser Tatsache folgt, daß vor der Rezeption des römischen Rechtes im deutschen Rechtsgebiete von einem testamentum in unserem Sinne nicht gesprochen werden kann; wir finden hier zu dieser Zeit testamentarische Formen, wie sie das römische Recht in den ordentlichen und außerordentlichen Formen aufzuweisen hat und wie sie die Gesetzbücher unserer Zeit enthalten, nicht. Erst das Rezeptionszeitalter, welches die Rezeption des Rechtsinstitutes des Testamentes brachte, führte einen Kampf zwischen deutsch- und römischrechtlichen Grundsätzen herauf. Nicht immer ist er ein Kampf gewesen.

Wo das Bedürfnis vorlag oder das einheimische Recht Lücken aufwies, wurde es dem neuen Rechtsinstitut leicht, Eingang zu finden. Wo schon eine ausgebildete Form der Vergabung von Todeswegen bestand, wie im fränkischen Rechte in der Affatomie, konnte das neue Recht zunächst nur in sehr beschränktem Maße modifizierend auf das einheimische Recht einwirken.

Wo dieses Institut noch nicht in dem Maße ausgebildet war, ließ man das neue Rechtsinstitut in der Weise zur Anwendung zu, daß es parallel dem bisherigen Modus lief. Am Ende ist aber das römische Recht auf der ganzen Linie siegreich geblieben. Es hat seine Grundsätze, da das deutsche Erbrecht in seiner bisherigen Gestaltung unzeitgemäß, unpassend, zu schwerfällig geworden war, durchgesetzt. Zwar hat das deutsche Recht vielfach bei der Aufnahme des fremden Rechtsinstituts hinsichtlich Form und Inhalt des Testamentes manche deutschrechtliche Eigentümlichkeit dauernd zu wahren gewußt, aber der Kern des Testamentes wurde echt römisch.

Es liegt nicht in unserer Aufgabe, zu verfolgen, in welchem Umfange in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten, z. B. in dem Kreise der Statutarrechte, das neue Rechtsinstitut Umwälzungen hervorgerufen hat — es ließe sich das auch nicht immer feststellen — und was es bei dem Okkupationsprozeß an Eigenart eingebüßt und durch deutschrechtliche Eigentümlichkeiten ersetzt

hat und welche mannigfaltigen Testamentsformen sich auf dieser Grundlage in der Folgezeit in dem ehemals buntscheckigen Rechtsgebiete unseres Vaterlandes ausgebildet haben. Uns kommt es im folgenden nur darauf an, die Hauptmarksteine an dem Wege kennen zu lernen, der uns in Preußen zum § 2249 BGB. führte.

Diese Hauptmarksteine sind aber

1. das testamentum ruri conditum, welches durch seine Rezeption Bestandteil des gemeinen Rechts geworden ist;
2. das dorfgerichtliche Testament des allgem. Landrechts.

A. Das sogen. testamentum ruri confectum oder rusticanorum im römischen und gemeinen Recht.

Diese privilegierte Testamentsform ist im Jahre 534 durch eine Konstitution Justinians eingeführt werden, die bei ihrer unbestimmten Fassung viel Stoff zu Kontroversen gegeben hat.[1])

Justinian verordnet darin, indem er der Einfalt der Landleute zu Hilfe kommen will, folgendes:

An solchen Ortschaften, in denen selten schreibkundige Leute auffindbar seien, solle es den rusticanis erlaubt sein, die alte Gewohnheit (antiquam consuetudinem) gegenüber dem Gesetze beizubehalten, jedoch in der Weise, daß beim Vorhandensein von schreibkundigen Leuten regelmäßig 7 Zeugen zuzuziehen, und zwar nachdem diese zum Zeugnis ausdrücklich berufen worden seien. Ein jeder solle für sich selbst die Unterschrift leisten. Für den Fall aber, daß keine schreibkundigen Zeugen auffindbar seien, solle es gestattet sein, 7 Zeugen auch ohne Leistung der Unterschrift hinzuzuziehen. Sollten aber an dem betreffenden Orte weniger als 7 Zeugen vorhanden sein, so solle es erlaubt sein, nur 5 Zeugen hinzuzuziehen, keinesfalls aber weniger als 5. Wenn aber von den Zeugen einer, zwei oder mehrere schreibkundig seien, so könnten diese für die des Schreibens Unkundigen in ihrer Gegenwart mit unterschreiben. Jedoch müßten die

[1]) vgl. 31 C. de testamentis: quemadmodum VI, 23.

Zeugen den Willen des Testators kennen lernen, insbesondere welchen oder welche Erben er kreiert habe, um darüber nach seinem Tode eidlich auszusagen.

Die Konstitution hat zunächst im dunklen gelassen, welche Personen nun eigentlich von dem Privilegium betroffen werden. Es wurde in der Literatur die Frage aufgeworfen, sollte das Privilegium nur einem Stande, nämlich dem Bauernstande zuteil werden, oder war der Wille des Gesetzgebers, daß daran sämtliche Landbewohner im Gegensatz zu den Städtern partizipieren sollten. Fast hat es den Anschein, als habe Justinian nur den Bauern als solchen im Auge gehabt. Die herrschende Meinung ist von Windscheid[1]) dahin formuliert, daß sich „die Bestimmung ankündigt als ein Privilegium für einen gewissen Stand, in Wirklichkeit aber ein Privilegium für einen gewissen Errichtungsort ist". Man ging dabei von der ratio des Gesetzes aus, für die auf dem Lande bisweilen sich ergebende Unmöglichkeit beim Testieren eine gehörige Anzahl geeigneter Zeugen zu finden, Abhilfe zu schaffen durch eine Vereinfachung der Form und mußte dann zu dem Schluß kommen, daß das Privileg alle regelmäßig auf dem Lande Wohnenden umfassen müsse, seien dies nun Bauern, Edelleute oder andere gebildete Klassen. Denn es war nicht zu leugnen, daß diese Schwierigkeit beim Testieren für den Nichtbauer, soweit er auf dem Lande leben mußte, in demselben Grade bestand wie für den Bauer. Manche zogen die Konsequenzen so weit, daß sie behaupteten, das Privileg könne auch von solchen Städtern[2]) in Anspruch genommen werden, die zufällig auf dem Lande weilen und in die Lage kommen, testieren zu müssen.

Nach unserer Ansicht hat Justinian bei der Schaffung des Privilegs zwar in erster Linie an den Bauer als solchen gedacht, weil dieser Stand fast ausschließlich das Land bewohnt und ihn ein solches Privileg in erster Linie treffen mußte. Aber sicherlich entspricht es der authentischen Interpretation dieser gesetzlichen Bestimmung, daß neben dem Bauern auch allen denen das

---

[1]) Windscheid Bd. 3 S. 220 Anm. 8.

[2]) vgl. Mühlenbruch S. 258 und Anm. 31.

Privileg zuteil werden soll, die dadurch, daß sie auf dem Lande weilen, hinsichtlich der Testamentserrichtung sich in derselben Lage wie der eigentliche Bauer befinden.

Eine weitere streitige Frage war, wen die Beweislast treffe, wenn ein solches von der regelmäßigen Testamentsform abweichendes Testament errichtet wurde, für das Vorhandensein der Umstände, die dazu berechtigen. Nach der herrschenden Meinung ist derjenige beweispflichtig, welcher ein derartiges Testament geltend macht, und zwar wird man dieser Ansicht aus folgenden Gründen beizutreten haben:

Wenn ein Testament geltend gemacht wird, spricht die Vermutung dafür, daß die Voraussetzungen der ordentlichen Testamentsform vorlagen. Wer ein von der ordentlichen Form abweichendes Testament geltend macht, beruft sich damit auf einen Ausnahmefall, ist dann aber auch beweispflichtig für die Tatsachen, die den Ausnahmefall rechtfertigen.

Am meisten hat aber die Frage zu denken gegeben, was wohl Justinian mit seiner „antiqua consuetudo" in der Konstitution gemeint haben mag, d. h. worin nun eigentlich das Privilegierte der testamenta rusticanorum bestehen mag. Trotz vieler Abhandlungen und Meinungsäußerungen ist man in diesem Punkte zu keinem zweifellosen Resultat gelangt.

Zwei Hauptansichten stehen sich gegenüber. Die eine sagt:

Im römischen Reiche[1]) hätten sich lokale Gewohnheiten gebildet, die sich neben dem römischen gemeinen Recht erhalten hätten. Derartige lokale Gewohnheiten bezüglich der äußeren Form der Testamente hätten sich auch unter den rusticis gebildet, und zwar hätten diese Gewohnheiten von der normalen Testamentsform bedeutende Abweichungen gezeigt. Justinian habe nun diese Gewohnheiten der Landbewohner in der Weise bestätigt, daß sie an den Orten, wo sie sich bisher gebildet hatten, gesetzliche Kraft erhielten, sich andererseits aber auch gewisse Beschränkungen und Modifikationen gefallen lassen mußten, die eben in der Konstitution zum Ausdruck kämen. Hiernach würden also für das Testamentum der Landbewohner außer den Formen der

---

[1]) Marezoll S. 305 ff.

betreffenden Ortsgewohnheiten nur noch die modifizierenden Bestimmungen der Konstitution in Betracht kommen.[1])

Demgegenüber behauptet die andere Ansicht, diese antiqua consuetudo sei in der Konstitution selbst enthalten, eine andere habe Justinian gar nicht im Auge gehabt. Deshalb bliebe auch das gemeine römische Recht voll in Geltung und müsse sich nur insoweit Modifikation gefallen lassen als die Konstitution dies anordne.

Beiden Ansichten ist eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen, jedoch läßt sich bei der Ungenauigkeit der Justinianschen Konstitution nicht mehr feststellen, welches der Gedankengang Justinians gewesen ist, welche Meinung also der authentischen gleichkäme. Die zweite Ansicht ist jedenfalls die praktisch brauchbarere und hat darum auch die meisten Anhänger gefunden.

Weitere Streitfragen der gemeinrechtlichen Doktrin waren, ob es bei dem testamentum ruri conditum notwendig sei, daß die Förmlichkeiten der ordentlichen Testamentsform, soweit eben durch die Konstitution nicht ein Nachlaß eingetreten war, beobachtet würden. Ferner:

Ob die Fassung der Konstitution dazu berechtige, auch mündlich ein Testament vor 5 Zeugen zu errichten, und welche Testamentsform nun eigentlich vorläge, wenn sämtliche Zeugen des Schreibens unkundig seien und der Inhalt des schriftlichen Testamentes den Zeugen mitgeteilt werden müßte: ob schriftliches oder mündliches Testament.

Endlich erörterte man auch noch die Frage, ob die Bekanntmachung mit dem Testamentsinhalte sich nur auf die schreibunkundigen Zeugen bezöge oder sämtliche.

Was die erste Frage anbelangt, so wurde diese verschieden beantwortet, je nachdem man der einen oder anderen oben erwähnten Ansicht zuneigte. Wer die Marezollsche billigte, mußte zu dem Schluß kommen, daß die ordentlichen Testamentsformen, wie Einheit der Zeit und Handlung, Besieglung und Untersieglung, Unterschrift des Testators oder eines Subskriptors, für ihn nur insoweit zu

---

[1]) Sintenis Bd. 2 § 170 Anm. 15 Nr. 1; ebenso Mühlenbruch, Wächter.

beobachten seien, als sie in den betr. Ortsgewohnheiten enthalten seien.

Die Anhänger der anderen Ansicht mußten die Beobachtung der ordentlichen Testamentsform fordern, soweit eben nicht in der Konstitution selbst Modifikation gestattet war.

Was die Frage anlangt, ob die Fassung der Konstitution auch die mündliche Testamentserrichtung vor fünf Zeugen zulasse, so waren die Ansichten[1]) der gemeinrechtlichen Doktrin geteilt. Unser Standpunkt ist, daß mündliche Testamente sich aus der Konstitution nicht rechtfertigen lassen.

Justinian fordert ein schriftliches Testament, gibt nur für Fälle, in denen die fünf Zeugen die Unterschrift nicht leisten können, die Formerleichterung, daß die Unterschriften fehlen dürfen, wofern nur den Zeugen der Inhalt des Testamentes bekannt wird. Damit geht der Charakter des Testamentes als schriftlichen nicht verloren, wennschon ein Unterschied zwischen dem Testament mit und ohne Unterschrift besteht. Der Unterschied ist aber nach der Seite der Schriftlichkeit oder Mündlichkeit hin kein wesentlicher. In dem Falle der Unterzeichnung des Testamentes durch die fünf Zeugen wird die Echtheit des Inhaltes sogleich bei der Errichtung durch die Unterschriften äußerlich sichtbar dokumentiert, so daß es später bei der Geltendmachung des Testamentes bezüglich seines Inhaltes eines Beweises der Echtheit durch die fünf Zeugen nicht mehr bedarf; im anderen Falle erhält das schriftliche Testament bezüglich seines Inhaltes die Gewähr der Echtheit erst nach dem Tode des Erblassers, wenn die Zeugen über den Inhalt eidlich aussagen, sich zu dem Inhalte bekennen. Die schriftliche Urkunde ist aber darum bis zu diesem Zeitpunkt durchaus nicht ein bedeutungsloses Stück, sie ist vielmehr für die Zeugen das Mittel, sich der Vorgänge bei der einstigen Errichtung des Testamentes zu erinnern und den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Ergeben sich aber zu dieser Zeit Abweichungen zwischen dem schriftlich überkommenen Testamentsinhalte und dem im Gedächtnis der Zeugen überlieferten Testamentsinhalte, so kann daraus nicht die Folge-

[1]) vgl. Marezoll, Sintenis, Wächter u. a.

rung gezogen werden, daß man das Testament, soweit die Abweichungen in Betracht kommen, nun einfach als mündliches Testament gelten läßt. In diesem Falle tritt eben, sofern nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser die Aufrechterhaltung des Testamentes auch unter Weglassung der bestrittenen Stellen gewollt haben würde, Nichtigkeit des ganzen Testamentes ein.

In der dritten Frage stand man ganz allgemein auf dem Standpunkt, daß nur die des Schreibens Unkundigen mit dem Inhalte des Testaments vertraut gemacht werden müßten.

Für die Auslegung der auf das testamentum ruri conditum bezüglichen justinianischen Bestimmungen ist im Gebiete des gemeinen Rechts die Notariatsordnung Kaiser Maximilian I. oder der Kölner Reichsabschied von 1512 von entscheidender Bedeutung geworden. Diese Ordnung brachte in zweifacher Hinsicht eine authentische Interpretation der römischrechtlichen Bestimmungen. Es ist nicht angängig, davon zu sprechen, die Notariatsordnung habe auf das römische Recht modifizierend eingewirkt. Sie will das römische Recht nicht abändern, sondern nur durch seine maßgebende Interpretation erreichen, daß es einheitlich zur Anwendung kommt. Wenn man von einer modifizierenden Wirkung der Notariatsordnung sprechen will, so gilt dies nur in Beziehung auf die vor ihrer Zeit in Wissenschaft und Praxis als feststehende Norm gewonnenen Resultate der Auslegung, soweit sie sich mit den Bestimmungen der Notariatsordnung nicht decken.

Was bestimmt nun die Notariatsordnung?[1]) In Betracht kommt ihr 1. Titel §§ 1 ff., der von den Testamenten handelt. Hier wird zunächst im § 1 ausgeführt, daß Privattestamente nach freier Wahl schriftlich oder mündlich errichtet werden können. Darauf wird im § 2 bestimmt:

> „Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, daß nach kaiserlichen Rechten, zu Aufrichtung aller oder jeder jezt erzehlten Testamenten, aufs minst sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gezehlt wird; aber in Codicillen, nemlich darinn einem ausserhalb An-

[1]) vgl. Der Kölner Reichsabschied von 1512 nach dem Gerstlacherschen Texte, mit erläuternden Anmerkungen versehen v. Joh. Martin Stark, Frankfurt a. M. 1799.

setzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod, von desselben Erben zu reichen und zu empfahen gesezt, vermacht, verlassen, oder zu treuen Händen befohlen wird, oder in Übergaben, so von Todeswegen geschehen: Item, und auf dem Gau, wo Bauersleute Testament machten, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, auf's minst fünf Zeugen ..."

Die Notariatsordnung spricht hiernach in gleicher Weise von schriftlichen und mündlichen Testamenten; sie bestimmt im § 2 mit Rücksicht auf die im § 1 genannten und im Eingang des § 2 besonders in bezug genommenen mündlichen und schriftlichen Testamente, daß sie auf dem Lande im Notfall unter Zuziehung von mindestens fünf Zeugen errichtet werden können. Hiermit ist das mündliche Testament vor fünf Zeugen auf dem Lande durch die Notariatsordnung für zulässig erklärt worden. Wer also wie wir für die Zeit vor der Notariatsordnung aus den Bestimmungen der justinianischen Konstitution das mündliche Testament vor fünf Zeugen im Wege der Interpretation nicht als statthaft erklären zu dürfen glaubte, konnte allerdings nunmehr mit Rücksicht auf die Notariatsordnung behaupten, sie habe des testamentum ruri conditum in diesem wesentlichen Punkte abgeändert.

Die Notariatsordnung stellt aber auch ferner für das Land die Zulässigkeit der Testamentserrichtung vor fünf Zeugen, sei es nun in schriftlicher oder mündlicher Form, als einen im Gebiete des gemeinen Rechts allgemein gültigen Satz hin. Nach der Konstitution Justinians war es an und für sich durchaus nicht zweifellos, ob überall auf dem Lande die privilegierte Testamentsform zulässig war. Denn, wenn Justinian mit seiner Konstitution nur örtliche Gewohnheiten bestätigt hat, so wären immerhin Gebiete denkbar, wo sich solche örtliche Gewohnheiten nicht gebildet, also auch keine Bestätigung erfahren hätten. Bezüglich solcher Gebiete hätte man dem nackten Gesetzestext entsprechend fordern können, daß die ordentliche Testamentsform Anwendung zu finden hätte.[1]) Diesen Eventualitäten hätte dann

---

[1]) Diesen Standpunkt scheint auch Fritz (vgl. S. 26) einzunehmen, wenn er es auch nicht klipp und klar ausspricht.

allerdings die Notariatsordnung dadurch, daß sie die privilegierte Testamentsform im Gebiete des gemeinen Rechts allgemein und unabhängig von örtlichen Gewohnheiten für zulässig erklärt, vorgebeugt. In diesen Fällen würde man auch wieder von einer modifizierten Wirkung der Notariatsordnung sprechen dürfen.

Allein diese Auslegung der Konstitution scheint nur irrig. Die Tendenz der justinianischen Bestimmung geht doch offenbar dahin, gleiches Recht für alle unter den gleichen Verhältnissen Lebenden zu schaffen, aber nicht das Privileg nur solchen zuteil werden zu lassen, an deren Aufenthaltsort sich zufällig örtliche Gewohnheiten gebildet hatten. Für Justinian sind zwar die Gewohnheiten die Veranlassung zu seiner Konstitution gewesen, aber nachdem sie einmal ergangen war, sollte sie alle unter gleichen Bedingungen lebenden Untertanen treffen.

Aus diesen Gründen möchten wir auch in dieser Bestimmung der Notariatsordnung keine modifizierenden Momente erblicken, wie ja auch die Tendenz der Notariatsordnung ist zu interpretieren und nicht zu modifizieren.

B. Das Dorftestament des allgem. Landrechts für die preußischen Staaten.

Das allgem. Landrecht hat nicht auf der römischrechtlichen Grundlage weitergebaut, sondern an die Stelle des vielumstrittenen justinianischen Privilegiums, das der Einfalt der rustici zu Hilfe kommen wollte, ein gänzlich neues Privilegium gesetzt, wie dieses sich in Preußen durch das praktische Bedürfnis gebildet hatte. Das testamentum ruri conditum wurde abgelöst durch das „Testament vor den Dorfgerichten“. Hiermit wurde für das landrechtliche Rechtsgebiet aller Streit und Hader, den das römische Institut heraufbeschworen hatte, zu Grabe getragen, und es hatte eine neue Etappe begonnen in der Nutzanwendung des rechtlichen Prinzips, in notwendigen aus der Natur der Sache sich ergebenden Fällen eine teilweise Befreiung von der eigentlichen Testamentsform eintreten zu lassen. Die Grundlage

des preußischen Dorftestamentes ist aber nicht mehr die Unwissenheit der Landleute, sondern der Notfall, d. h. wenn die Herbeikunft des ordentlichen Gerichts nicht mehr abgewartet werden kann. Es würde also überall da Anwendung finden können, wo ein ordentliches Gericht nicht besteht und durch die Erweiterung des § 99 ALR. noch in den Orten, wo zwar ein Einzelrichter stationiert, dieser aber in der kritischen Zeit abwesend ist.

Das ALR. Teil 1 §§ 93 ff. bestimmt:

Das Dorfgericht, welches gültige Testamente an- und aufnehmen kann, muß bestehen aus einem Schulzen und zwei beeideten Schöppen und einem vereideten Gerichtsschreiber. Sie dürfen in Tätigkeit treten, wenn dergestalt Gefahr im Verzuge vorhanden ist, daß die Herbeikunft des ordentlichen Gerichtshalters nicht abgewartet werden kann. Ist ein Gerichtsschreiber nicht zur Hand, so darf ein Justizkommissarius, Notar oder Prediger als solcher fungieren.[1])

Bezüglich des dorfgerichtlichen Verfahrens sind keine speziellen Bestimmungen gegeben; es ist den Gerichten bloß aufgegeben, derartige Testamente und Kodizille ohne Zeitverlust dem Gerichtshalter einzuhändigen,[2]) der sie dann über den eigentlichen Hergang der Sache auf ihre Pflicht umständlich vernehmen und sowohl das Protokoll hierüber wie die betreffende Disposition selbst in gerichtliche Verwahrung nehmen muß. Deshalb haftet das

---

[1]) a) Schreibkundigkeit der mitwirkenden Beamten außer dem Gerichtsschreiber nicht erforderlich; es schadet nichts, wenn die Schöppen das Protokoll nicht unterschrieben haben (vgl. Entsch. d. OTr. Bd. 15 S. 17). b) Der Gerichtsschreiber muß das Protokoll nicht notwendig eigenhändig schreiben (vgl. Entsch. d. OTr. in Striethorsts Arch. Bd. 52 S. 133). c) Das von dem Gerichtsschulzen nur mit Amtscharakter nicht mit Namensunterschrift versehene Protokoll ist ungültig (vgl. Entsch. d. OTr. Bd. 65 S. 69). d) Event. Requisition eines Gerichtsschreibers einer Nachbargemeinde (vgl. Reskr. v. 27. 3. 1805; Rabe Bd. 8 S. 265; dies ist unmöglich bezüglich der Schöppen (vgl. ALR. II, 7 § 74 u. Koch, ALR. II S. 28 Anm. 11). Ein Schöppe genügt nicht (vgl. Reskr. v. 29. 4. 1805; Math. Bd. 1 S. 149). e) Bei Gefahr im Verzuge kann ein benachbartes Dorfgericht zugezogen werden (vgl. Reskr. v. 27. 3. 1805); Rabe Bd. 8 S. 265.

[2]) Die Kontroversen über die Bedeutung des „einhändigen" sind entschieden durch Dekl. v. 10. 7. 1846 (GS. S. 263): Persönliches Einhändigen kein wesentliches Erfordernis. Unterlassung der Einhändigung macht das Testament nichtig (vgl. Entsch. d. OTr.); Math. I S. 447.

Dorfgericht für Versehen auch nur so weit, als es gegen die Einhändigungspflicht verstößt (vgl. ALR. II, 7 § 83, Entsch. d. OTr. Bd. 4 S. 30).

Ist der Testator nach der Einhändigung noch am Leben, so hat, vorausgesetzt, daß er noch zu einer gültigen Willensäußerung fähig ist, unter Verlegung des mit den Gerichten über den Hergang der Sache aufgenommenen Protokolls seine Vernehmung durch den Gerichtshalter zu erfolgen, damit er die Richtigkeit des darin geschilderten Sachverhaltes genehmige. Unterläßt der Gerichtshalter die Befolgung dieser Vorschrift, so ist zwar die letztwillige Verfügung nicht nichtig, macht aber den Gerichtshalter, soweit ihn dabei ein grobes oder mäßiges Versehen trifft, regreßpflichtig bezüglich der Kosten eines daraus entstehenden Prozesses.

Hervorzuheben ist noch die Kabinettsorder v. 21. 1. 1833, die zur Erledigung der Zweifel bei den Gerichten über die Anwendung des § 99, betr. die Errichtung von Testamenten vor den Magisträten, erlassen worden ist.

Durch sie wird angeordnet, daß in kleinen Städten, wo der Richter nicht am Orte wohnt oder nur e i n e zur Verwaltung des Richteramtes bestellte Person vorhanden ist, in dessen Abwesenheit Testamente von einer Magistratsdeputation, bestehend aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter an- und aufgenommen werden dürfen. Bei den betr. Personen bedarf es außer des Amtseides keiner besonderen Vereidigung bei Vornahme dieser Amtshandlung. An die Stelle des einen Magistratsmitgliedes kann event. der Stadtsekretär oder ein vereideter Gerichtsschreiber oder ein Justizkommissarius, Notar, Prediger treten.

Endlich wäre noch zu erwähnen die Kabinettsorder v. 6. 10. 1834.

Sie verordnet für diejenigen kleinen Städte des Großherzogtums Posen, in denen die Städteordnung nicht eingeführt ist, daß die Deputationen zur An- und Aufnahme des letzten Willens aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und zwei Ratmännern gebildet sein müssen; die Stelle des einen Ratmannes kann außer von den oben erwähnten Personen noch durch einen Stadtrat oder einen zur interimistischen Verwaltung

einer vakanten katholischen Pfarrstelle von der geistlichen Behörde abgeordneten Kommentarius besetzt werden.[1])

Die gesetzlichen Bestimmungen über das dorfgerichtliche Testament haben in der landrechtlichen Literatur zur Erörterung mancher Streitfrage Raum gegeben.[2])

Eine interessante Frage war, ob der bloße Rechtsanwalt vor und nach dem 1. 10. 1879, d. h. vor und nach der neuen Justizorganisation dem sogen. Justizkommissarius, welcher im Falle des Mangels eines ordentlichen Gerichtschreibers (vgl. I, 12 § 94) an dessen Stelle tritt, gleichzuachten ist.

Eccius-Förster stehen auf dem Standpunkt, daß es vor und nach dem 1. 10. 1879 unrichtig war, den Rechtsanwalt, soweit er nicht Notar war, dem Justizkommissarius gleichzustellen.

Demgegenüber hält Koch die Gleichstellung für die Zeit vor dem 1. 10. 1879 für rechtlich zulässig.

Am weitesten geht Dernburg, der die Zuziehung eines Rechtsanwalts ganz allgemein für zulässig hält.

Zur Beantwortung der Frage ist die Stellung des Justizkommissarius näher zu beleuchten. Die genannten Autoren sind dadurch zu verschiedenen Ergebnissen gekommen, daß sie dem Justizkommissarius teilweise untrennbar die Beamtenqualifikation eines Notars beilegten, andererseits der Meinung waren, der Justizkommissarius sei nicht immer zugleich Notar gewesen, teilweise auch die Beamtenqualität des Justizkommissarius zu hoch bewerteten.

Der entscheidende Paragraph der AGO. III, 7 § 9, welcher sich über die Qualifikationen des Justizkommissarius ausspricht, sagt:

> „Die Funktionen eines Justizkommissarius und die eines Notars dürfen nicht notwendig miteinander verbunden sein . . .“

Hier ist klar ausgesprochen, daß der Justizkommissarius des

---

[1]) Über die in der betr. Kabinettsorder gegebenen Vorschriften bezüglich des Gebrauchs der polnischen Sprache, die übrigens durch Ges. v. 28. 8. 1876 § 10 Nr. 3 (GS. S. 389) aufgehoben sind, vgl. die Kabinettsorder (GS. S. 181).

[2]) vgl. Koch 8. Aufl. S. 28ff.; Eccius-Förster 5. Aufl. S. 357ff.; Dernburg § 113.

allgem. Landrechts ebenso wie unser heutiger Rechtsanwalt und auch derjenige vor dem 1. 10. 1879 nicht notwendigerweise publica fides besaß.

Hieraus, und da auch nach dem Gesetze zu dem Schluß keine Berechtigung vorliegt, daß nur ein solcher Justizkommissarius die Stelle einnehmen durfte, der zugleich Notar wäre, folgt, daß die Person, welche nach § 94 ALR. die Stelle des Gerichtsschreibers einnehmen kann, nicht eine mit publica fides ausgestattete sein muß.

Soweit wäre also die Substitution durch einen bloßen Rechtsanwalt zulässig. Wie ist nun das Fehlen des Beamtencharakters auf seiten des Rechtsanwalts von heute zu beurteilen?

Wir stehen auf dem Standpunkte, daß dieser Umstand nicht geeignet ist, ihn in seinem rechtlichen Wirkungskreise gegenüber dem Justizkommissarius zu beschränken.

Der Beamtencharakter des Justizkommissarius ist unseres Erachtens rein tatsächlicher Natur, ohne für den rechtlichen Wirkungskreis desselben gerade auf den Beamtencharakter beruhende rechtliche Obliegenheiten in sich zu schließen.

Dem Rechtsanwalt ist in seiner Stellung zum Staat eine freiere Position eingeräumt worden, es ist aber damit nicht eine Beschränkung der rechtlichen Funktionen, die dem beamteten Justizkommissarius oblagen, beabsichtigt worden; in dieser Hinsicht sind die beiden Kategorien vollständig gleichwertig zu erachten.

Deshalb steht unseres Erachtens auch nach dieser Richtung hin nichts im Wege, im § 94 das Wort „Justizkommissarius" durch Rechtsanwalt, gleichgültig für welche Zeit die Entscheidung getroffen wird, zu ersetzen.

Eine weitere bestrittene Frage war, ob es statthaft ist, an Stelle eines fehlenden Gemeindeschöppen einen solchen aus einer anderen Gemeinde hinzuzuziehen. Wir möchten mit Dernburg contra Koch, Förster-Eccius die Frage bejahen, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Im Gesetzestext ist es nicht ausgesprochen, daß die beiden Schöppen Schöppen der betr. Gemeinde sein müssen. Der Gedanke des Gesetzes ist, für das dorfgerichtliche Testament in den genannten Personen Personen zu finden, die vermöge ihrer Stellung

im Dorfe die meiste Gewähr für die für eine sachgemäße, ordnungsgemäße Testamentserrichtung notwendigen Fähigkeiten geben. Ihm kommt es dabei nicht darauf an, daß diese Personen der betr. Gemeinde angehören; der Schwerpunkt dieser gesetzlichen Bestimmung ist vielmehr in dem Amtscharakter der Schöppen zu suchen.

Wenn es auch die Regel sein wird, daß die Schöppen der betr. Gemeinde bei der Testamentserrichtung tätig werden, so steht doch nichts im Wege beim Fehlen der erforderlichen Schöppen, einen etwa zufällig anwesenden Schöppen einer Nachbargemeinde bei der Testamentserrichtung zuzuziehen.

Dies entspricht auch der ratio des Gesetzes, dem Testator die Testamentserrichtung bis zur äußersten Grenze der Möglichkeit zu gestatten.

Endlich sei noch einer Streitfrage gedacht, nämlich, ob es auf die Gültigkeit des Testaments von Einfluß ist, wenn bei der Testamentserrichtung Schöppen mitgewirkt haben, die entgegen der Bestimmung der AGO. I, 24 § 53 weder des Schreibens noch des Lesens kundig waren. Das Obertribunal hat dahin erkannt, daß das Testament nicht deswegen ungültig sei, weil einer der zugezogenen Schöppen das Protokoll aus Schreibunkenntnis nicht mit seiner Namensunterschrift versehen habe. Auch Eccius und Koch stehen auf diesem Standpunkt.

Sie argumentieren: Die Schöppen müßten zwar die im rescr. v. 27. 3. 1805 bezeichneten Fähigkeiten haben, aber ein entgegen dieser Bestimmung bestellter Schöppe sei gleichwohl Schöppe geworden und als solcher gemäß § 93 ALR. hinreichend für die Mitwirkung bei der Testamentserrichtung qualifiziert.

Wir können mit Dernburg-Förster diesen Standpunkt nicht teilen, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Für das dorfgerichtliche Testament gelten, abgesehen von der Besetzung des Gerichts, die Bestimmungen der ordentlichen Testamentsform, die die Unterschrift der bei der Errichtung mitwirkenden Personen verlangen.

Bei der Fassung des § 93 ALR. hat der Gesetzgeber auch nur solche Schöppen im Auge gehabt, die den Erfordernissen des § 52 AGO. entsprechen. Er hat nicht etwa durch den still-

schweigenden Gedanken, die Schöppen könnten womöglich auch die verlangten Fähigkeiten nicht besitzen, anerkannt, der Schöppe sei als solcher allein hinreichend legitimiert. Jedenfalls hätte das Gesetz, wenn es im § 93 eine Ausnahme von der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung, die die Unterschrift fordert, hätte schaffen wollen, dies besonders hervorheben müssen.

Man kann nicht schon auf die Tatsache hin, daß ein Schöppe gesetzwidrig zum Schöppen bestellt worden ist, aus dieser Gesetzwidrigkeit folgern, das Gesetz gestatte eine Ausnahme von einem Essentiale des Protokolles.

C. Die Entstehungsgeschichte des Dorftestamentes des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dem Redaktor für das Erbrecht, Dr. v. Schmitt, ist bei der Aufnahme der dorftestamentlichen Bestimmungen leitender Grundsatz gewesen, daß das Bedürfnis vorläge in Fällen, wo die Möglichkeit fehle, in ordentlicher Form zu testieren, eine erleichterte Form zu schaffen. Die Bedenken, welche gegen das dorfgerichtliche Testament namentlich in den Motiven des preußischen Entwurfs S. 102 erhoben wurden, nämlich, daß dieses Testament erfahrungsgemäß zu nichtigen Akten geführt habe, weil den zuzuziehenden Personen die nötige Rechts- und Geschäftskenntnis fehle, daß diese Personen auch wegen Schreibunkenntnis oder weil die Ortsbewohner alle verwandt seien, nicht die Fähigkeit zur Aufnahme eines solchen Testamentes besäßen, und daß endlich auch die privilegierte Form dazu führen werde, die Saumseligkeit der Landbewohner in rechtzeitiger Errichtung ordentlicher Testamente zu erhöhen, hat v. Schmitt nicht mehr als stichhaltig anerkannt in einer Zeit, welche den Laien im weitesten Umfange als aburteilenden Richter berufe, in welcher überdies die Volksbildung im allgemeinen nicht abzuleugnende Fortschritte gemacht habe. Die fragliche Testamentsform würde auch zweifelsohne dazu beitragen, die Rechts- und Geschäftskenntnis der zur Auf-

[1]) vgl. Schmitt S. 432 ff., Begründung des Entw. eines Erbrechts.

nahme berufenen Personen zu vermehren. v. Schmitt hat in Erwägung dieser Umstände in seinem Entwurf des Erbrechts folgende auf das Dorftestament bezüglichen Bestimmungen aufgenommen[1]):

§ 178.

Befindet sich an dem Orte der Errichtung eines Testamentes nicht der Sitz eines zur Auf- und Annahme solcher Verfügungen gesetzlich berufenen Richters oder Notars oder sind die Urkundsbeamten des Errichtungsortes sämtlich an der Ausübung des Amtes behindert, so kann die Stelle sowohl des verhandelnden als zweiten Urkundsbeamten oder Schriftführers je durch den Zivilstandsbeamten, den Vorsteher der Gemeinde oder des landesgesetzlich der Gemeinde gleichstehenden Verbandes, sowie durch ein anderes Mitglied der Gemeindeobrigkeit vertreten werden.

Es ist erforderlich und ausreichend, daß von der Behinderung des ordentlichen Urkundsbeamten in der Urkunde Mitteilung gemacht wird.

§ 184.

Ein nach Maßgabe des § 178 in außerordentlicher Form errichtetes Testament verliert seine Wirksamkeit, wenn von dem Tag der Errichtung drei Monate verflossen sind und der Verfügende noch am Leben ist.

§ 185.

Der Lauf der dreimonatigen Frist wird durch den Eintritt anhaltender Unfähigkeit des Erblassers zur gültigen Errichtung eines neuen Testaments unterbrochen.

Ist der Verfügende nachmals für tot erklärt worden, so bleibt das Testament in Kraft, wenn die Verschollenheit desselben vor Ablauf der dreimonatigen Frist ihren Anfang genommen hat.

„Dieser Entwurf knüpft“, wie es in der Begründung heißt, „die Zulässigkeit der privilegierten Form weder an einen bestimmten Errichtungsort (Stadt oder Land), noch an die be-

[1]) vgl. Entw. eines Rechts der Erbfolge für das Deutsche Reich 1879, Vorlage des Redaktors Dr. v. Schmitt.

sonderen persönlichen Verhältnisse des Testators (plötzliche Erkrankung usw.), sondern an die durch örtliche Entfernung oder durch Behinderung der Urkundsbeamten erschwerte Auf- oder Annahme".

Die den Teilentwurf[1]) beratende Kommission hat diese Voraussetzung für die dorftestamentliche Form nicht als ausreichend erachtet und den Standpunkt eingenommen, es müsse als weitere Voraussetzung noch „die Gefahr hinzutreten, daß infolge der Nichterfüllung der ordentlichen Testamentsform die Errichtung der letztwilligen Verfügung durch den Eintritt des Todes desjenigen, welcher dieselbe errichten will, würde vereitelt werden". Der Übelstand, daß durch die Aufstellung dieser strengeren Voraussetzung das Testament bestritten werden könne, weil die Voraussetzung nicht vorläge, ein Übelstand, den der Entwurf hätte umgehen wollen, würde beseitigt durch die Bestimmung, daß die Voraussetzung ohne Zulassung eines Gegenbeweises als erfüllt gelte, wenn der beurkundende Beamte den Notstand festgestellt habe. Diesem Standpunkte der Kommission entsprach von den drei zu dem Entwurfe vorliegenden Änderungsanträgen im großen und ganzen der Antrag zu § 2 — ein Antrag wollte den § 178 überhaupt streichen — jedoch ging er über das Petitum der Kommission insoweit hinaus, als er neben der Gefahr des Todes des Erblassers auch noch diejenige des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit in die Voraussetzung dieser privilegierten Testamentsform aufnahm.

Die Kommission hat diesen Passus fallen lassen, weil sie meinte, die Gefahr des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit verdiene keine Berücksichtigung.

Was den Inhalt der zu bestimmenden Rechtsnorm anbelangte, so vertrat die Kommission den Standpunkt, daß die Erfordernisse der ordentlichen Testamentsform nur hinsichtlich der instrumentierenden Amtspersonen eine Abänderung erfahren dürften, und daß ein ausreichender Ersatz des Richters oder Notars in dem Vorsteher der Gemeinde zu erblicken sei, dem die Vorsteher solcher Gutsverbände gleichzustellen seien, die dadurch,

---

[1]) vgl. Prot. S. 9833 ff.

daß sie selbständig seien, zu keinem Gemeindeverbande gehörten. Auch in diesem Punkte deckte der erwähnte Antrag die Anschauung der Kommission. Die Kommission nahm daher den Antrag zu 2 in etwas abgeänderter Fassung, deren weitere Prüfung der Redaktion vorbehalten blieb, an.

Der § 178 lautete nunmehr:

> Ist (nach den Umständen des Falles) die Besorgnis begründet, daß derjenige, welcher die Errichtung einer letztwilligen Verfügung beabsichtigt, sterben würde, bevor die Errichtung der letztwilligen Verfügung in der ordentlichen Testamentsform möglich ist, so kann die Stelle des verhandelnden Richters oder Notars durch den Vorsteher der Gemeinde oder des landesgesetzlich der Gemeinde gleichstehenden Verbandes vertreten werden. Der Gemeindevorsteher muß zwei Zeugen zuziehen. Die (zu §§ 169 bis 177 des Erbr.-Entw. beschlossenen) Vorschriften finden Anwendung. Das Protokoll muß feststellen, daß die im ersten Satze bestimmte Voraussetzung zutrifft. Der Beweis des Gegenteils ist nicht zulässig.

Die §§ 184 und 185 wurden keiner grundsätzlichen Änderung unterworfen.

Das Dorftestament tritt uns in seinen Grundzügen hiermit bereits in der Form entgegen, die es im § 2249 BGB. entgültig erhalten hat.

Sämtliche Änderungen, die die verschiedenen Entwürfe bis zum Gesetzestexte noch erleiden mußten, sind nichts weiter als redaktionelle Verbesserungen, präzisere Fassungen des Textes.

Die §§ 178, 184, 185 des Entwurfs — die letzteren beiden Paragraphen unter Verschmelzung zu einem — erhielten schließlich in der Werkstatt der Redaktionskommission und auf Grund einer erneuten Revision seitens der Kommission[1]) die sich aus den §§ 1877 und 1878 des Kommissionsentwurfs des BGB. erster Beratung (1885—1887) ergebende Fassung.

Die Fassung des Textes stimmt mit einer einzigen Ausnahme — es heißt im § 1877 statt „unter Zuziehung von zwei

---

[1]) vgl. Prot. S. 11445—11446.

Zeugen" „und vor zwei Zeugen" — mit dem Entwurf erster Lesung §§ 1925 und 1926 überein.

§ 1925 lautet:

Ist nach den Umständen des Falles die Besorgnis begründet, daß derjenige, welcher eine letzwillige Verfügung zu errichten beabsichtigt, früher sterben werde als die Errichtung in ordentlicher Testamentsform möglich ist, so kann die letzwillige Verfügung vor dem Vorsteher der Gemeinde des Errichtungsortes oder des landesgesetzlich einer Gemeinde gleichstehenden Verbandes dieses Ortes unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet werden. Die Vorschriften des § 1915 Abs. 3 und der §§ 1916—1923 finden mit der Maßgabe Anwendung, daß der Vorsteher der Gemeinde oder des Verbandes an die Stelle des verhandelnden Richters oder Notars tritt.

Das Protokoll muß die Feststellung der im Eingange dieses Paragraphen bezeichneten Besorgnis enthalten; der Beweis, daß die letztere nicht begründet gewesen sei, ist ausgeschlossen.

§ 1926 lautet:

Eine nach Maßgabe des § 1925 errichtete letzwillige Verfügung gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch am Leben ist.

Beginn und Lauf der Frist ist gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, eine letzwillige Verfügung in ordentlicher Testamentsform zu errichten.

Wird der Erblasser nach Ablauf der Frist für tot erklärt, und fällt der Tag, an welchem er der letzten Nachricht zufolge noch gelebt hat, in die Zeit vor Ablauf der Frist, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes keine Anwendung.

Die nun einsetzende zweite Lesung des Entwurfs seitens der vom Bundesrat am 4. 12. 1890 neu berufenen Kommission hat den beiden Paragraphen bis auf wenige unbedeutende Abweichungen die Fassung des Gesetzestextes gegeben, und zwar lag die Haupttätigkeit bei dieser Arbeit in der Redaktionskommission.

Von den zum § 1925 vorliegenden Anträgen wurde seitens der Kommission nur einer abgelehnt — zwei erledigten sich von selbst —; derselbe wollte in dem § 1925 die zwingende Vorschrift, daß das Protokoll vorgelesen werden muß, beseitigen. Die Mehrheit lehnte den Antrag mit der Begründung ab, daß jede Garantie fehle, daß das, was als letzter Wille des Erblassers bekundet worden sei, wirklich dem Willen des Erblassers entspreche, wenn der Nachweis fehle, daß eine letztwillige Verfügung dem Testator vorgelesen und von ihm genehmigt und unterschrieben sei.

Ein Antrag, welcher die landesgesetzlichen Vorschriften aufrechterhalten wissen wollte, wonach im Falle des § 1925 auch vor einem zur Vornahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestellten Gemeindebeamten ein Testament errichtet werden könne, wurde dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch vorbehalten.

Die beiden verbleibenden, auf die Fassung des Entwurfs sich beziehenden Anträge, von denen der eine Abänderungsantrag dem endgültigen Gesetzestexte sehr nahe kam, der andere das Wort „Verband“ mit dem treffenderen Worte „Bezirk“ vertauschen wollte, wurden der Redaktionskommission überwiesen. Es wurde ihr hierbei insbesondere „die Prüfung der Frage überlassen, ob die Vorschrift des § 1925 sich auch auf die selbständigen Gutsbezirke, die rheinischen Bürgermeistereien und deren Vorsteher beziehen solle, und ob und in welcher Art dies im Gesetz zu verdeutlichen sei“.

Die Redaktion hat diese Aufgabe dadurch, daß sie in den Text die Worte „oder Gutsbezirks“ aufnahm, nicht einwandfrei gelöst (vgl. u.).

Zu dem § 1926 lag ein Antrag vor, die §§ 1926, 1928, 1930 — es sind dies die Paragraphen, welche die zeitliche Beschränkung der Gültigkeit des Dorftestamentes, des Testamentes in abgesperrten Orten und des Seetestamentes enthalten — zu einem Paragraphen zusammenzufassen. Auch dieser Antrag wurde, nachdem er durch die Kommission gebilligt worden war, der Redaktionskommission überwiesen.

Die Beschlüsse der Redaktionskommission führten schließlich zu den §§ 2113 und 2116 des Entwurfs zweiter Lesung.

Der Wortlaut dieser Paragraphen unterscheidet sich von dem der §§ 2249 und 2252 BGB. nur unwesentlich.

An Stelle von „vor einem Richter oder einem Notar“ im § 2249 BGB. heißt es hier noch „in ordentlicher Form“.

„Landesgesetzlich“ ist dort mit „durch Landesgesetz“ vertauscht. Endlich ist noch im § 2249 BGB. in der vierten Zeile an Stelle von „in welcher“ „in der“ getreten.

Der § 2116 unterscheidet sich vom § 2252 BGB. in folgender Weise:

In der ersten Zeile heißt es: „Ein in der Form der §§ 2113 bis 2112 errichtetes“;

Im Abs. 2 „in ordentlicher Form“ und im Abs. 4 „der letzten Nachricht“.

Die Bundesratsvorlage §§ 2221, 2224 und der dem Reichstage vorgelegte Entwurf §§ 2219, 2222, die miteinander übereinstimmen, unterscheiden sich von dem Gesetz nur noch durch die Worte „in ordentlicher Form“ statt „vor einem Richter oder vor einem Notar“.

Die Worte „in ordentlicher Form“ sind durch die Reichstagskommission durch „vor einem Richter oder vor einem Notar“ ersetzt worden. Die Änderung war notwendig, weil durch die genannte Kommission das privatschriftliche Testament als eine weitere ordentliche Testamentsform in das Bürgerliche Gesetzbuch gebracht wurde, und somit in dem im § 2219 der Reichstagsvorlage bezeichneten Notfalle, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen war, in der privatschriftlich-ordentlichen Form zu testieren.

2. Teil:
Das Dorftestament des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 1.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Gedanken des allgem. Landrechtes weiter verfolgt, für die ordentliche Testamentsform einen Ersatz zu schaffen, wenn zu der Zeit, wo der Testator ein Testament errichten will, die Herbeikunft der dazu berufenen öffentlichen Organe nicht abgewartet werden kann. Das allgem. Landrecht forderte als Voraussetzung des Nichtabwartens „Gefahr im Verzuge", ohne allerdings eine objektive oder subjektive Abgrenzung dieses Erfordernisses zu geben. Die Folge davon war, daß die Beschränkung der außerordentlichen Testamentsform auf diesen Fall nur eine Redensart war und sie auch dann, wenn Gefahr im Verzuge wirklich gar nicht vorhanden war, dennoch Platz griff; denn das Fehlen dieses Erfordernisses war nicht als Nichtigkeitsgrund des Testaments bezeichnet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat an Stelle der Gefahr im Verzuge die Besorgnis gesetzt, daß der Erblasser früher sterben werde, als eine Testamentserrichtung in ordentlicher Form möglich sein werde. Um aber dem Übelstande abzuhelfen, daß die Gültigkeit des Testamentes mangels der Voraussetzung einer objektiven Besorgnis angefochten werden könne, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch das Erfordernis der Besorgnis dahin abgeschwächt worden, daß es genügt, wenn der beurkundende Beamte für seine Person diese Besorgnis gehabt und sie im Protokoll festgestellt hat. Abweichend vom allgem. Landrecht liegt beim Bürgerlichen Gesetzbuch die Besonderheit der dorftestamentlichen Form, abgesehen von der

Feststellung der Besorgnis, nur in den mitwirkenden Personen; im übrigen gilt alles wie bei der ordentlichen Form vor Notar und Richter.

In dieser Bestimmung liegt aber die Wurzel des großen Übels. Es wird von dem Laien, dem Dorfschulzen dieselbe Geschäftsgewandtheit gefordert wie von dem geschulten Juristen. Er soll die komplizierten Bestimmungen, welche bezüglich der Testamentsform vorgeschrieben sind, bei Nichtigkeit des ganzen Aktes peinlichst beobachten. Es ist schon für den Richter bezw. Notar nicht leicht, wenn sie nur seltener zur Aufnahme eines Testamentes berufen werden, den vielen Formbestimmungen gerecht zu werden. Wie soll man von dem Laien die Beherrschung solcher Formen fordern! Das Resultat ist auch dementsprechend[1]: Mindestens 60 % sämtlicher Dorftestamente sind schon wegen Formfehler nichtig. Damit ist aber der Zweck dieser ganzen dorftestamentlichen Bestimmungen, dem kranken, fast mit dem Tode ringenden Testator noch die Möglichkeit zu geben, seinen letzten Willen, den er selbst nicht mehr zu beurkunden vermag, seinen Nachkommen zu übermitteln, illusorisch gemacht.

Die erschreckend große Anzahl der nichtigen Testamente hat den preußischen Minister des Innern sogar veranlaßt, unter dem 10. 11. 1902 mit Rücksicht hierauf eine besondere Verfügung zu erlassen. In derselben werden eine Reihe der hauptsächlichsten Übelstände hervorgehoben und den Landräten „zur Abstellung oder doch möglichsten Einschränkung der erwähnten, eine ernste Gefährdung der Rechtssicherheit in sich schließenden Übelstände“ aufgegeben, den Gemeinde- und Gutsvorstehern ihres Bezirks die genaue Beachtung der Anweisung vom 23. 6. 1900 einzuschärfen, vor allem auf zwei Punkte, nämlich die §§ 1 I, 15 der Anweisung besonders aufmerksam zu machen.[2])

Aber auch diese Einschärfungen scheint man nicht für genügend erachtet zu haben, da man jetzt in Preußen von dem in Art. 150 EG. z. BGB. und 80 preuß. AG. garantierten Vorbehalte

---

[1]) vgl. Dennler S. 344 ff.

[2]) Nicht weniger schlimme Erfahrungen hat man auch sonst im Deutschen Reich gemacht, vgl. die Abhandlung von Dennler in den Blättern für administr. Praxis Nr. 9 und 10 und von v. d. Pfordten in Nr. 7 und 8 dieser Blätter.

Gebrauch gemacht hat, für die Nottestamente besondere Urkundspersonen zu kreieren.[1])

Auch bei allen Anweisungen und Instruktionen wird man nicht zu einem völlig befriedigenden Resultat gelangen. Man kann eben vom Laien, vom Dorfschulzen nicht verlangen, daß er bei der Vornahme einer derartigen Amtshandlung die sämtlichen komplizierten Vorschriften und Instruktionen durchstudiert und sie sich so zu eigen macht, daß er sie richtig anwendet und verwertet. Bei den meisten bisher beanstandeten Dorftestamenten handelte es sich um eine Errichtung gewöhnlicher Art, wie mag es erst werden, wenn der Dorfschulze bei der Aufnahme des Testamentes eines Stummen oder Blinden tätig werden soll.

§ 2.

Unter welchen Voraussetzungen darf der Gemeindevorsteher oder eine der ihm gleichgestellten Personen das Nottestament aufnehmen?

Die Motive S. 282 sprechen sich dahin aus, daß zur Anwendung der außerordentlichen Testamentsform nicht der Umstand allein genüge, daß an dem Errichtungsorte ein Richter oder Notar nicht vorhanden oder der vorhandene verhindert sei. Es wird vielmehr noch die Gefahr gefordert, daß die Errichtung der letztwilligen Verfügung durch den Eintritt des Todes desjenigen, welcher verfügen will, deshalb vereitelt werde, weil den Erfordernissen der ordentlichen Testamentsform nicht genügt werden könne, d. h. also die berufenen Organe nicht zeitig genug herbeigebracht werden können. Man stand nun vor der Frage, wem man das Urteil darüber überlassen soll, ob die Gefahr — oder, wie sich das Bürgerliche Gesetzbuch jetzt ausdrückt, „die Besorgnis" — vorliegt oder nicht. Sollte man den Grundsatz aufstellen, daß die Gefahr oder Besorgnis eine objektiv begründete sein muß? Dann wäre der Übelstand damit verbunden gewesen,

---

[1]) Über die Anweisung an diese besonderen Urkundspersonen vgl. preuß. Just.-MinBl. v. 15. 4. 1904 Nr. 15 S. 91.

daß die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung wegen des Mangels der Voraussetzung hätte angefochten werden können. Man hat den Ausweg darin gefunden, daß die Voraussetzung der Besorgnis als gegeben angenommen wird, aber auch nur dann, wenn die Besorgnis im Protokolle festgestellt ist. Das Gesetz findet also scheinbar den Inhalt der Voraussetzung in der Feststellung im Protokoll, und es läßt auch die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung bestehen, wenn sich hinterher ergeben sollte, daß die Besorgnis eine nicht begründete war. Gewählt ist dieser Ausweg aber nur, um der sonst notwendigerweise entstehenden Rechtsunsicherheit, daß eine erschreckende Anzahl derartiger letztwilliger Verfügungen für nichtig erklärt würden, vorzubeugen; er will damit aber keineswegs den anderen wichtigen Teil der Voraussetzung geschmälert wissen, daß diese außerordentliche Testamentsform bloß im Notfall Anwendung finden soll. Denn würde der Gesetzgeber auf dieses Erfordernis verzichtet haben, so würde er uns mit einer weiteren Testamentsform, nämlich der sogen. dorfgerichtlichen, beglückt haben, die gleichberechtigt und zur freien Wahl neben den anderen ordentlichen stände. Das dorfgerichtliche, nur für den Notfall gedachte Testament wäre zu einer ordentlichen Form der Testamentserrichtung herabgesunken.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, welche Pflichten der Gemeindebeamte erst zu erfüllen hat, bevor er seine dorfgerichtliche Tätigkeit ausüben darf. Er hat sich zuvor gewissenhaft zu fragen, ob der Zustand des Kranken derartig ist, daß zu erwarten steht, der Eintritt seines Todes werde in früherer Zeit, als die Herbeiholung eines Notars oder Richters möglich ist, erfolgen. Er wird dabei gut tun, event. den behandelnden Arzt zu konsultieren, wenn er gerade zur Stelle ist. Auf jeden Fall hat er bei Beurteilung der Umstände einen möglichst objektiven Standpunkt einzunehmen und sich sehr davor zu hüten, nur auf die Angaben des Testators hin, der je nach seiner individuellen Veranlagung die Grenze für seine Besorgnis höher oder tiefer zieht, ohne weitere Prüfung dessen Besorgnis auch zu der seinigen zu machen. Es soll niemals vorkommen, daß ein Gemeidevorsteher, wie es in der Praxis vorgekommen ist,[1] sein außerordentliches Amt als Beur-

[1] vgl. Dennler S. 344.

kundungsbeamter letztwilliger Verfügungen demjenigen des Richters oder Notars völlig gleichstellt und aus bloßer Gefälligkeit zu jeder Zeit und ohne jede besondere Veranlassung für seine Gemeindeleute zur Testamentsaufnahme bereit ist. Wenn der Gemeindebeamte unter solchen Umständen sein Amt versieht, ist nicht Anstand daran zu nehmen, auch wenn er in dem Protokolle — allerdings wider besseres Wissen — die bezüglich der Besorgnis notwendige Feststellung getroffen hat, ein solches Testament für nichtig zu erklären. Voraussetzung ist natürlich die Führbarkeit des Beweises, daß der Beamte überhaupt keine Besorgnis gehabt hat. Denn sagt auch das Gesetz, der Gültigkeit des Testaments stehe nicht entgegen, daß die Besorgnis nicht begründet war, so verlangt es doch immerhin, daß wenigstens subjektiv eine Besorgnis seitens des Beamten vorhanden war. Deshalb ist auch der Passus in den Motiven S. 282, die Voraussetzung der Besorgnis gelte ohne Zulassung eines Gegenbeweises als erfüllt, wenn das Vorliegen der Voraussetzung im Protokoll festgestellt sei, für die Interpretation des Gesetzestextes nicht mehr als maßgebend zu erachten.

Es ließe sich nun der Einwand denken, die Prüfung, ob eine Besorgnis vorliege oder nicht, sei gar nicht Aufgabe des Gemeindebeamten, es genüge schon, wenn der Testator die Besorgnis besitze. Der Gemeindebeamte habe von einer darauf bezüglichen Mitteilung des Erblassers nur Kenntnis zu nehmen. Das Gesetz spricht es auch nicht direkt aus, bei wem die Besorgnis vorhanden sein soll; seine Ausdrucksweise ist ganz abstrakt, es heißt da: „Ist zu besorgen . . . so kann er“. Nun, eine solche Annahme widerspricht der ratio des Gesetzes. Dasselbe verfolgt den Zweck, bei der Beurteilung der Besorgnis in dem freiurteilenden Beamten eine gewisse Garantie zu haben, daß eine Besorgnis wirklich vorlag, für welchen Fall diese außerordentliche Testamentsform überhaupt nur geschaffen ist. Es kann die Beurteilung der Umstände, welche die außergewöhnliche Form bedingen, nicht einem Menschen überlassen, der event. in übertriebener Besorgtheit um sein leibliches Wohlergehen die Grenze für den Eintritt der Besorgnis übertrieben tief zieht; denn wegen jeder Lappalie will das Gesetz nicht die außerordentliche Form eintreten lassen.

Das Ergebnis unserer Betrachtung ist nunmehr folgendes: Der Gemeindebeamte ist zur Aufnahme des Testamentes befugt und die Voraussetzungen desselben sind erfüllt, wenn er nach gewissenhafter Prüfung selbst die Besorgnis hegt, daß die Zeit zur Aufnahme des ordentlichen Testaments vor Richter oder Notar nicht mehr ausreichen werde.

§ 3.

Welche Personen sind für die Aufnahme des Dorftestamentes zuständig?

Das Gesetz sagt:

Der Erblasser kann das Testament errichten:

a) vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, oder,

b) falls er sich in dem Bereich eines durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes aufhält, vor dem Vorsteher dieses Verbandes oder Bezirkes. Hiernach ist in Preußen im Geltungsbereich der Landgemeindenordnung vom 3. 7. 1899 der Vorsteher der Gemeinde als Obrigkeit derselben zur Aufnahme des Testamentes zuständig und in Städten mit magistratischer Verfassung der Bürgermeister. Selbstverständlich ist auch an Stelle des Gemeindevorstehers dessen rechtmäßiger Vertreter zur Vornahme dieses Aktes befugt.[1]) Aber der betreffende Beamte ist nur zuständig, wenn sich seine Amtshandlung auf einen in seiner Gemeinde weilenden Testator bezieht, und es ist nicht mehr wie im allgem. Landrecht möglich, daß zur Aufnahme eines Nottestamentes auch ein benachbartes Dorfgericht herangezogen werden kann.

Ferner sind zur Errichtung des außerordentlichen Testaments die Vorsteher eines der Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes befugt, und zwar sollen hinsichtlich der Gleichstellung die Landesgesetze maßgebend sein. Es war und ist nun sehr bestritten, ob es zur Zeit, als das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat, in Preußen den Gemeinden gleichgestellte Verbände bezw. Gutsbezirke gab. In Frage kommen die rheinischen Landbürger=

---

[1]) vgl. Mot. S. 281.

meistereien, die westfälischen Ämter und die Gutsbezirke. Bezüglich letzterer war die Entscheidung der Frage sehr dringend, da bei einer negativen Beantwortung derselben für die gutseingesessene Bevölkerung durch das Bürgerliche Gesetzbuch, welches die Anrufung des benachbarten Dorfgerichtes verbietet, eine Verschlechterung des Rechtszustandes herbeigeführt worden wäre. Dem Gutseingesessenen wäre nämlich im Falle des § 2249 BGB. nur die Möglichkeit des privatschriftlichen Testaments geblieben. In den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist diese Frage nicht beantwortet worden. Die Protokolle S. 344 sprechen von geteilten Ansichten. Daß man sich darüber nicht schlüssig werden konnte, geht auch aus der Begründung zum preuß. Ausführungsgesetz hervor; dort wird zwar ausgesprochen, daß manches für die Bejahung der Frage spreche, z. B., daß im Bereiche eines selbständigen Gutsbezirkes der Besitzer des Gutes im allgemeinen zu den Leistungen und Pflichten verpflichtet sei, die der Gemeinde für den Bereich des Gemeindebezirks gesetzlich obliegen, und daß er mit den obrigkeitlichen Befugnissen und Pflichten eines Gemeindevorstehers ausgestattet sei; andererseits habe es aber die Reichsgesetzgebung für nötig befunden, gewisse für die Gemeinden gegebene Bestimmungen ausdrücklich auf die Gutsbezirke auszudehnen. Der Gesetzgeber hat es daher für das Beste und Sicherste gehalten, von der Befugnis aus § 2249 Abs. 1 BGB. Gebrauch zu machen und im Art. 80 preuß. AG. z. BGB. durch eine ausdrückliche Erklärung jeden Zweifel über die Gleichstellung auszuschließen. Damit hat diese Frage für uns ihre Erledigung gefunden.

Unerledigt ist immer noch die Frage, ob die rheinischen Bürgermeistereien und westfälischen Ämter ohne weiteres den Gemeinden gleichgestellt sind. Die Protokolle lassen die Frage unentschieden, die Begründung z. preuß. AG. z. BGB. beantwortet die Frage im negativen Sinne. Auf dem gleichen Standpunkte stehen unter anderem Planck und der Kommentar von Hobrecht-Cruse-Müller (preuß. AG. z. BGB. Teil 2 S. 674 ff.). Hier wird zum Beweise dessen, daß die Vorsteher der Bürgermeistereien und Ämter nicht die Befugnis besitzen, Testamente in der Form des § 2249 BGB. aufzunehmen, ausgeführt, daß diese Verbände bloß für einen gewissen Kreis von Angelegenheiten, aber nicht schlechthin und

allgemein den Gemeinden rechtlich gleichgestellt seien. Diesen Ausführungen müssen wir widersprechen. In dem Gesetz[1]) heißt es:

„Mehrere Gemeinden bilden einen Verwaltungsbezirk (Bürgermeisterei bezw. Amt) unter einem Bürgermeister bezw. Amtmann.

Die Bürgermeistereien bezw. Ämter bilden (bezw. können bilden) in Ansehung solcher Angelegenheiten, welche für alle zu der Bürgermeisterei bezw. dem Amte gehörigen Gemeinden ein gemeinschaftliches Interesse haben, einen Kommunalverband mit den Rechten einer Gemeinde".

Hier ist deutlich ausgesprochen, daß diese Verwaltungsbezirke zugleich einen kommunalen Verband bilden sollen, und zwar mit den Rechten einer Gemeinde. Hierin liegt die Gleichstellung mit den Gemeinden. Daß sich ihre Kompetenz, die jederzeit erweitert und beschränkt werden kann, nicht auf alle zu den Gemeinden gehörigen Angelegenheiten erstreckt, hat mit dem Rechte als Gemeinde nichts zu tun. Das Recht bleibt bestehen, so sehr auch die sachliche Zuständigkeit schwankt; das Recht ist unteilbar. Anderenfalls müßten ja auch die betreffenden Gemeinden, welche sich eines Teils ihrer Kompetenzen begeben haben oder gesetzlich darin beschränkt worden sind, also auch nur noch für einen gewissen Kreis von Angelegenheiten zuständig sind, ihren Charakter als Gemeinde verlieren. Demnach sind auch die rheinischen Bürgermeister und westfälischen Amtleute für die Errichtung des Dorftestaments zuständig.

Die im § 2249 BGB. aufgestellte Norm, daß nur die Gemeindevorsteher zuständig sein sollen, ist jedoch zugunsten der Landesgesetzgebung durchbrochen worden, indem der Art. 150 EG. z. BGB. den Einzelstaaten gestattet, an Stelle des Gemeindevorstehers eine andere amtlich bestellte Person zu setzen. Dieser Vorbehalt war notwendig mit Rücksicht auf Preußen, Hessen und Sachsen. Bei Preußen mußte auf die Nordseeinseln Rücksicht genommen werden, da dort begründete Bedenken vorlagen, daß bei einer ausschließ-

---

[1]) vgl. Gemeindeordnung für die Rheinprovinz v. 23. 7. 1845 (GS. S. 523 §§ 7, 8) und Landgemeindenordnung für die Provinz Westfalen v. 19. 3. 1856 (GS. S. 265 §§ 4, 5).

lichen Zuständigkeit des Gemeindevorstehers das dorfgerichtliche Amt in zu wenig geschäftskundige Hände gelangen könne.[1])

In Hessen und Sachsen bestand die Einrichtung, daß in jeder Gemeinde als Hilfsorgan der gerichtlichen Behörden — Behörden für die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingesetzt waren.[2]) Man wollte nun mit Rücksicht auf das Publikum, dem es unverstäudlich erscheinen könne, den Behörden für die freiwillige Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit für die Aufnahme des Dorftestamentes nicht aberkennen; denn in den meisten Fällen war die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchaus nicht identisch mit derjenigen des Gemeindevorstandes. Aus diesen Gründen nahm man den Art. 150 in das Einführungsgesetz auf. Der Artikel war deshalb auch ursprünglich mit Rücksicht auf Hessen und Sachsen viel spezieller gefaßt. Er sprach von einem zur Vornahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestellten Beamten, erst der Bundesrat hat ihm die gegenwärtige allgemeine Fassung gegeben.[3])

Preußen hat in seinem AG. z. BGB. Art. 80 von der Befugnis aus Art. 150 EG. z. BGB. Gebrauch gemacht und zunächst ganz allgemein dem Justizminister die Befugnis eingeräumt, an Stelle oder neben dem Gemeindevorsteher andere Personen zu bestellen. Der Justizminister hat von diesem Recht mehrfach Gebrauch gemacht.

Hervorgehoben zu werden verdient die allgem. Verfügung vom 7. 7. 1900 (Just. MinBl. S. 504); in dieser bestimmt er, daß in den Kreisen Husum, Norderdithmarschen und Süderdithmarschen im Falle des § 2249 BGB. Nottestamente außer vor dem Gemeindevorsteher der Kirchspielslandgemeinden auch vor dem Vorsteher der Dorfschaft oder Bauernschaft, in deren Bezirk der Erblasser sich aufhält, errichtet werden können.

Weiter ordnet er durch allgem. Verfügung vom 1. 7. 1902 bezüglich der Oberlandesgerichtsbezirke Frankfurt und Kassel an, daß in dem Geltungsbereiche der Verordnung über die Ortsgerichte in diesen Oberlandesgerichtsbezirken vom 20. 12. 1899 (GS. S. 640) im Falle des § 2249 BGB. Nottestamente außer vor dem Gemeinde-

---

[1]) vgl. Begründung z. preuß. AG. S. 238.

[2]) vgl. Prot. z. EG. S. 7196, 7198.

[3]) vgl. Art. 123 der Bundesratsvorlage.

vorsteher auch vor den Ortsgerichtsvorstehern, die nicht Gemeindevorsteher sind, errichtet werden können.

Der Justizminister hat dann in neuerer Zeit mit Rücksicht auf die vielen ungültigen Testamente und der daraus resultierenden Tatsache, daß die Gemeindevorsteher häufig doch nicht genügende Geschäftsgewandtheit besitzen dürften, für eine größere Anzahl von Gemeinden besondere Urkundspersonen bestellt. Auf diese Personen bezieht sich die durch allgem. Verfügung vom 7. 4. 1904 zur Kenntnis der Justizbehörden gebrachte Anweisung vom 15. 3. 1904 (JustMinBl. S. 90 ff.).[1]

[1]) Auch die anderen Bundesstaaten haben in ihren AG. z. BGB. zum großen Teil von der Befugnis aus Art. 150 EG. Gebrauch gemacht. Keine dahingehenden Bestimmungen haben getroffen: Anhalt, Bayern, Braunschweig, Elsaß-Lothringen, Lippe, Koburg, Meiningen, Weimar, Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Rudolstadt. Dagegen hat Baden im badischen Rechtspolizeigesetz (§§ 38, 39) den sogen. Stabhalter oder Verwaltungsvorsitzenden für die Testamentserrichtung als zuständig erklärt, Hessen im Art. 130 AG. z. FGG. v. 18. 7. 1899 an Stelle des Vorstehers der Gemeinde den Ortsgerichtsvorsteher. In Lübeck kann nach § 149 AG. z. BGB. in Travemünde und in den Landgemeinden ein Testament vor dem Vorsitzenden des Gemeindevorstandes, in Niendorf, Recke und Moorgarten vor dem Bauernvogte errichtet werden. Die beiden Mecklenburg haben in § 262 bezw. § 259 AG. z. BGB. bestimmt, daß für die Ortschaften, für welche ein Gemeindeverband nicht besteht, die Träger der Ortsobrigkeit und die Ortsvorsteher dem Gemeindevorsteher des § 2249 BGB. gleichstehen. Oldenburg hat im § 79 AG. z. BGB. für das Fürstentum Birkenfeld bestimmt, daß an Stelle des Schöffen oder neben dem Schöffen vom Staatsministerium (Depart. d. Justiz) eine andere Person bestellt werden kann. Für das übrige Oldenburg ist in § 32 AG. z. BGB. angeordnet, daß an Stelle des Gemeindevorstandes oder neben demselben vom Staatsministerium (Depart. d. Justiz) eine andere Person bestimmt werden kann. In Reuß ä. L. (vgl. § 150 AG. z. BGB.) ist neben dem Vorsteher der Gemeinde der Ortsrichter (Amtsschulze) der Gemeinde zuständig, in Reuß j. L. (vgl. § 137 AG. z. BBB.) neben dem Vorsteher einer Gemeinde oder einer Gemarkung der Amtsschulze einer Gemeinde und, soweit für einzelne Bezirke einer Gemeinde Amtsschulzen bestellt sind, der Amtsschulze des betreffenden Bezirks. In Waldeck ist wie in Preußen die Zuständigkeit geregelt (vgl. Art. 421 AG. z. BGB.), nur die auf die Gutsbezirke (Art. 80 Abs. 1 preuß. AG.) bezügliche Bestimmung ist weggelassen. In Sachsen (§ 47 AG. z. BGB.) kann der Justizminister an Stelle des Vorstehers oder neben dem Vorsteher eine für den Bezirk bestellte Ortsgerichtsperson für zuständig erklären. Die gleiche Bestimmung hat Altenburg. Schwarzburg-Sondershausen endlich ordnet in Art. 61 AG. z. BGB. an, daß die Gemeindevorstände zur Errichtung von Testamenten auch bezüglich der Personen zuständig sind, welche sich in dem gemäß Art. 8 der Gemeindeordnung ihrem Gemeindebezirke zugewiesenen Gutsbezirke aufhalten.

§ 4.

Wann ist die an sich zuständige Urkundsperson von der Aufnahme des Nottestamentes ausgeschlossen?

Der Gemeindebeamte ist von der Aufnahme des Testamentes ausgeschlossen,

1. wenn es sich um dasjenige seiner Ehefrau handelt;

2. wenn er das Testament einer Person aufnehmen soll, mit der er in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist.

Auffallend ist, daß abweichend von den Prozeßgesetzen, aber übereinstimmend mit dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Ausschließungsgrund auf den zweiten Grad der Verwandtschaft in der Seitenlinie beschränkt ist. Die Mot. V S. 264 sagen, der Ausschluß der im dritten Grade mit dem Verfügenden verwandten Personen gehe über das Bedürfnis hinaus und sei weder im Interesse der Wahrung der Integrität des Beamtenstandes noch zur Vermeidung einer Beeinflussung erforderlich. Dem ist beizupflichten.

Welche sind nun die Personen, welche einen Ausschluß bedingen? — Der Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft und der Grad derselben bestimmt sich nach §§ 1589, 1590 BGB.

Es kommen zunächst die jetzige oder frühere Ehefrau des Beamten, ferner die in gerader Linie Verwandten in Frage, das sind: Eltern, Großeltern usw., Söhne, Töchter, Enkel. Hinzukommen die in der Seitenlinie im zweiten Grad Verwandten, das sind nur die Geschwister.

Den Ausschluß bewirken endlich auch die Verschwägerten in grader Linie und in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade. Zu ersteren gehören Schwiegereltern, deren Voreltern, Schwiegerkinder, die Frauen bezw. Männer von Enkeln, Enkelinnen, Urenkel und Urenkelinnen, Stiefkinder und Stiefeltern; zu letzteren nur Schwager und Schwägerin.

Die Schwägerschaft ist auch dann als fortdauernd zu betrachten, wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, durch Tod, Scheidung oder in Gemäßheit des 1348 Abs. 2 BGB. aufgelöst ist.

Besondere Gesichtspunkte sind zu beobachten, wenn es sich in der angedeuteten Weise um die Bestimmung der verwandtschaftlichen Beziehungen einer unehelich geborenen Person handelt: Es ist davon auszugehen, daß das uneheliche Kind nur im Verhältnis zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes einnimmt, also zwischen ihm und dem Vater kein verwandtschaftliches Band besteht. Es wäre demnach das Nottestament, welches ein als uneheliches Kind geborener Gemeindevorsteher mit dem Vater aufnimmt in Gemäßheit des § 2234 BGB. Nr. 2 nicht ungültig, wohl aber das mit dem Großvater mütterlicherseits aufgenommene.

Besondere Erwägungen sind anzustellen, wenn bei der Testamentserrichtung Personen in Frage kommen, deren gegenseitige Beziehungen durch eine Putativehe bestimmt werden.[1])

Die Kinder aus einer Putativehe sind an sich unehelich, und zwar trifft das immer zu, wenn die Ehe auf einem Formmangel beruhte und nicht ins Heiratsregister eingetragen wurde. In allen übrigen Fällen gilt das Kind als ehelich, sofern nur ein Gatte bei der Eheschließung in gutem Glauben war, d. h. die Nichtigkeit der Ehe nicht gekannt hatte.

Die Bestimmung der verwandtschaftlichen Beziehungen dieser Kinder und die daraus sich ergebende Qualifizierung bezw. Nichtqualifizierung der in Frage stehenden Personen für das Amt der Urkundsperson bei der Errichtung eines Testamentes dieser Personen regelt sich also nach dem Gesichtspunkte der Ehelichkeit oder Unehelichkeit. Hierüber haben wir aber bereits gehandelt.

Einer besonderen Beleuchtung bedarf noch die Stellung des Putativehegatten.

Es ist davon auszugehen, daß die nichtige Ehe bezw. die für nichtig erklärte Ehe von Anfang der Scheinehe an als nichtbestehend zu betrachten ist. Es hat überhaupt keine Ehe bestanden.

Hieraus würde an sich folgen, daß trotz des § 2234 BGB. der eine Putativehegatte bei der Testamentserrichtung des anderen als Urkundsperson fungieren darf, ohne Ungültigkeit des Testamentes herbeizuführen; ebenso daß eine Behinderung nicht bezüglich

---

[1]) vgl. §§ 1344 ff. bezw. 1698 ff. BGB.

solcher Personen Platz greift, die in dem Falle, daß die Ehe bestanden haben würde, mit den beiden Putativehegatten in das Verhältnis der Schwägerschaft der oben bezeichneten Art getreten sein würden.

Trotzdem müssen wir es unter analoger Anwendung des § 2234 Ziff. 1 BGB. verneinen, daß der eine Putativehegatte bei der Testamentserrichtung des anderen als Urkundsperson mitwirken könnte. Das Gesetz schließt den Ehegatten bei der Testamentserrichtung des anderen Ehegatten von dem Amte der Urkundsperson aus, auch wenn die Ehe zu dieser Zeit nicht mehr besteht. Damit ist der Grundsatz anerkannt, daß die Unfähigkeit nicht aus dem ehelichen Verhältnis als solchem folgt, sondern aus der durch die Ehe herbeigeführten und auch nach der Ehe noch andauernden engeren persönlichen Berührung, die bei der Testamentserrichtung befürchten läßt, daß der betreffenden Urkundsperson es an der erforderlichen Objektivität fehle. Im Falle der Putativehe ist die persönliche engere Berührung nun nicht, wie es § 2234 BGB. verlangt, durch die Ehe herbeigeführt worden, jedoch läßt es sich nicht leugnen, daß sie durch ein der Ehe sehr nahe kommendes Verhältnis bewirkt worden ist, daß hinsichtlich seiner rechtlichen Folgen z. B. für die Kinder sich von der Ehe überhaupt nicht unterscheidet. Jedenfalls ist die Putativehe, mag sie auch vor dem Gesetze keine Ehe sein, ein Verhältnis, das hinsichtlich seiner tatsächlichen und rechtlichen Wirkungen der Ehe fast gleich steht und das darum bei den Putativehegatten, wenn sie in der gedachten Weise als Urkundsperson tätig werden würden, dieselbe Unzuverlässigkeit wie die Ehe selbst befürchten ließe. Einer solchen Eventualität will das Gesetz aber vorbeugen.

Ebenso ergibt die Annahme an Kindesstatt einige Besonderheiten. Es ist nämlich zu berücksichtigen,

1. daß das Kind durch die Annahme die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden erlangt,

2. daß sich die Wirkungen der Annahme nur auf die erst geboren werdenden Abkömmlinge des Kindes erstrecken, es sei denn, daß auch mit den zur Zeit des Annahmevertrages schon vorhandenen Abkömmlingen der Vertrag geschlossen worden ist,

3. daß sich die Wirkungen der Annahme nicht auf die Ver-

wandten des Annehmenden erstrecken, und daß der Ehegatte des Annehmenden nicht mit dem Kinde, der Ehegatte des Kindes nicht mit dem Annehmenden verschwägert wird.

Hieraus ergeben sich unter anderem folgende Konsequenzen. Der Annehmende kann weder das Testament des Kindes aufnehmen, noch dieses das des Annehmenden; wohl aber kann das Kind bei der Testamentsaufnahme des Vaters des Annehmenden als Urkundsperson fungieren, ferner bei derjenigen des Ehegatten des Annehmenden. Der Annehmende kann weiter nicht das Testament eines Abkömmlings des Angenommenen aufnehmen, es sei denn, daß dieser zur Zeit des Vertragsschlusses schon vorhanden war und auf ihn der Annahmevertrag nicht ausgedehnt worden ist.

Endlich ist noch zu gedenken der aus der Ehelichkeitserklärung des Kindes bezüglich der Verwandtschaftsbeziehungen sich ergebenden Besonderheiten. Durch die Ehelichkeitserklärung erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, aber die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung erstrecken sich nur auf die Abkömmlinge des Kindes, dagegen nicht auf die Verwandten des Vaters. Die Frau des Vaters wird nicht mit dem Kinde, der Ehegatte des Kindes nicht mit dem Vater verschwägert. Die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Kinde und seinen Verwandten ergeben, bleiben unberührt, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt. Hieraus folgt, daß die verwandtschaftliche Stellung des Kindes den mütterlichen Verwandten gegenüber nach der Ehelichkeitserklärung dieselbe bleibt, wie vor derselben. Es wird nur durch die Ehelichkeitserklärung eine neue verwandtschaftliche Beziehung geschaffen zwischen Vater, Kind und dessen Abkömmlingen. Zwischen diesen drei Kategorien wäre daher eine Testamentserrichtung, indem eine dieser Personen die Urkundsperson abgäbe, nicht gültig möglich. Möglich wäre aber z. B. die Mitwirkung eines Abkömmlings als Urkundsperson bei der Testamentserrichtung eines der ehelichen Kinder des Vaters. Unmöglich wäre dagegen wieder die Mitwirkung einer dieser Personen als Urkundsperson, wenn der Ehegatte eines Abkömmlings das Testament errichten würde.

Während in den bisher behandelten Ausschließungsfällen

eine dennoch stattfindende Testamentsaufnahme absolut nichtig sein würde, ist in einem weiteren gesetzlichen Falle nur eine relative Nichtigkeit des Testaments angedroht. § 2235 BGB. bestimmt, daß der Gemeindebeamte ein Testament nicht aufnehmen kann, in welchem er selbst oder eine Person, zu der er in einem Verhältnis der vorbezeichneten Art steht, bedacht wird. Hat aber die Mitwirkung dennoch stattgefunden, so ist nach dem Gesetze nur die Zuwendung an den Bedachten nichtig. Freilich ist es auf Grund des § 2085 BGB. nicht ausgeschlossen, daß das ganze Testament seine Gültigkeit verliert. Die Vorschrift des § 2235 BGB. bezieht sich aber nicht bloß auf die Testamentserrichtung, bei der der Testator seinen letzten Willen mündlich erklärt; sie umfaßt in gleicher Weise auch die Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich durch diese Bestimmung mit den entsprechenden Vorschriften der bisher geltenden Rechte, wie des preußischen, französischen, englischen, bayerischen Rechts, welche diese Bestimmung nur bezüglich des durch mündliche Erklärung errichteten Testaments kannten, in Widerspruch gesetzt. Aber der Gesetzgeber hat diesen Schritt mit Rücksicht darauf tun zu müssen geglaubt, daß selbst bei einem verschlossen übergebenen Testamente die Möglichkeit bestehe, daß eine der mitwirkenden Personen es geschrieben oder abgefaßt habe.[1]) Das Verbot des § 2235 BGB. ist aber nun nicht derartig zu verallgemeinern, daß auch ein vollkommen den Erfordernissen des § 2231 Nr. 2 BGB. entsprechendes Testament, welches der Testator überreicht, das aber eine Zuwendung im Sinne des § 2235 BGB. enthält, nun deshalb relativ nichtig sei, weil die notwendigen Formen der öffentlichen Testamentserrichtung verletzt seien. Es liegt dann eben die Form des öffentlichen Testaments gar nicht vor und sind lediglich die Formvorschriften des eigenhändigen Testaments ausschlaggebend.[2])

---

[1]) vgl. Prot. und Mot. S. 333 bezw. S. 265.

[2]) Die beiden ersten Entwürfe (I und II) hatten auch den im Testamente ernannten Testamentsvollstrecker von der Mitwirkung bei der Testamentserrichtung, und zwar unter Androhung der Nichtigkeit dieser Ernennung ausgeschlossen. Diese Bestimmung ist aber durch Bundesratsbeschluß beseitigt worden, so daß nunmehr die Ernennung zum Testamentsvollstrecker zu Recht besteht, auch wenn der bei der Errichtung mitwirkende Gemeindebeamte im Testamente zum Testamentsvollstrecker

§ 5.

Welche Formen sind bei der Testamentserrichtung seitens des Gemeindebeamten zu beobachten?

I. Der Vorsteher muß zwei Zeugen zuziehen.

Diese Zeugen, welche der Beamte bei der Errichtung als Kontrollpersonen zuziehen muß, bedürfen wiederum einer besonderen Qualifikation, die sich aus den §§ 2234—2237 ergibt. Es steht aber nichts im Wege, daß Frauen oder Ausländer als Testamentszeugen fungieren.[1])

a) Absolute Nichtigkeit des Testamentes tritt ein, wenn der Vorsteher Zeugen zuzieht, die

1. der Ehegatte des Erblassers,

2. mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert,

3. der Ehegatte des Gemeindebeamten,

4. mit dem Gemeindebeamten in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind.

b) Relative Nichtigkeit des Testamentes, d. h. nur bezüglich der darin enthaltenen Zuwendung an den Bedachten tritt ein, wenn die beiden Zeugen im Testament bedacht sind oder die Bedachten zu den Zeugen in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis der in § 2234 Nr. 2 BGB. bezeichneten Art stehen

---

ernannt worden ist. Jene Bestimmung ließ man vor allem mit Rücksicht auf Bayern fallen, wo es auf Grund des Notariatsges. v. 10. 11. 1861 allgemein üblich war, den bei der Errichtung mitwirkenden Notar zum Testamentsvollstrecker zu berufen (vgl. Prot. V S. 334). Es ist nun noch die Frage zu erörtern, ob eine dem im Testamente zum Testamentsvollstrecker ernannten Gemeindebeamten dort für dieses Amt ausgesetzte Vergütung als eine Zuwendung im Sinne des § 2235 BGB. aufzufassen ist und dadurch relative Nichtigkeit des Testaments herbeigeführt wird. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß diese Vergütung, solange sie nicht das übliche Maß überschreitet, sondern eine angemessene Vergütung im Sinne des § 2221 BGB. ist, nicht als Zuwendung anzusehen ist; überschreitet sie dagegen die Grenze des Angemessenen, so liegt bezüglich des Übermaßes eine Zuwendung vor und es hat insoweit in Gemäßheit des § 2235 Abs. 2 BGB. eine Reduktion einzutreten.

[1]) vgl. Mot. V S. 268, 269.

oder zwischen den Zeugen und Bedachten ein eheliches Verhältnis besteht.

c) Endlich führt das Gesetz (vgl. § 2237 BGB.) noch eine Reihe von Fällen auf, in denen eine Mitwirkung der Zeugen nicht stattfinden soll. Diese Ordnungsvorschrift soll zwar gewissenhaft befolgt werden, aber eine Außerachtlassung derselben hat deswegen keine nachteiligen Wirkungen auf das Testament, es behält seine Gültigkeit.

Hierher gehören:

1. Minderjährige Zeugen, aber auch nur solche. Es werden z. B. nicht betroffen die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder wegen Trunksucht entmündigten, die in Gemäßheit des § 114 BGB. den Minderjährigen in Ansehung der Geschäftsfähigkeit gleichstehen.[1])

Natürlich ist es in diesen Fällen nicht ausgeschlossen, den Zeugen richterlicherseits wegen Unzuverlässigkeit abzulehnen.

2. Zeugen, die der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt worden sind, während der Zeit, für welche die Aberkennung der Ehrenrechte erfolgt ist. Der Gesetzgeber hat mit dieser Vorschrift eine Ausnahme von dem § 34 Nr. 5 StGB. statuiert, nach welchem die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte die absolute Unfähigkeit bewirkt, Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu sein.

Man ist sich dieses Umstandes wohl bewußt gewesen, hat aber dennoch in der Erwägung, daß durch die Nichtigkeit der Urkunde zufolge des Mangels in der Person eines der bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Zeugen häufig unheilbarer Schaden entstehe, der aber nicht den Bestraften, sondern den unschuldigen Erblasser träfe, diese Ordnungsvorschrift als solche aufrechterhalten.[2])

3. Zeugen, die nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden. Auf diese dauernde Unfähigkeit wird mit wenigen Ausnahmen (vgl. §§ 157, 158 StGB.) bei jeder Verurteilung wegen Meineids erkannt (vgl. § 161 StGB.) und sie beginnt mit der Rechtskraft des Urteils.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 269.

[2]) vgl. Prot. V S. 335.

4. Zeugen, die als Gesinde oder Gehilfen im Dienste des Gemeindebeamten stehen. Diese Zeugenklasse ist ausgeschlossen worden, weil es nicht „gestattet werden kann, daß diejenigen, welche wesentlich mit zur Kontrolle des die Verhandlung leitenden Beamten zugezogen werden, zu diesem in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen".[1]) Der Begriff des Gesindes bestimmt sich nach Landesrecht (vgl. Art. 95 EG. z. BGB.); für die Abgrenzung des Begriffes „Gehilfe" ist die RGE. Bd. 4 S. 427 maßgebend. Es besteht aber kein Ausschließungsgrund, wenn zwischen den beiden Zeugen oder den Zeugen und Erblasser ein Abhängigkeitsverhältnis der bezeichneten Art besteht.

d) Abgesehen von diesen bisher[2]) erwähnten Ausschließungsgründen sind noch eine Reihe zu erwähnen, die zwar vom Gesetze nicht ausdrücklich benannt sind, die sich aber aus dem Wesen der Zeugen als Kontrollpersonen ergeben. Es sind das solche Zeugen, welche nicht die zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderliche Wahrnehmungsfähigkeit besitzen. Hierher gehören:

1. Taube Personen, soweit dieselben außerstande sind, die mündliche Erklärung des Erblassers und die unerläßliche Vorlesung des Protokolls mit den Sinnen zu erfassen. Man wird aber solche Taube, die es gelernt haben, vom Munde die Worte mit absoluter Sicherheit abzulesen, zumal wenn diesem Umstande während der Verhandlung besonders Rechnung getragen wird, unbedenklich für qualifiziert halten dürfen.

2. Blinde Personen. Sie werden immer auszuschließen sein, da sie nicht fähig sind, darüber Wahrnehmungen zu machen, ob das ihnen zur Unterschrift vorgelegte Protokoll mit dem vorgelesenen auch identisch ist, und ob die übrigen mitwirkenden Personen und der Erblasser mit unterschrieben haben. Endlich sind

3. solche Personen als Zeugen auszuschließen, welche ohne jede Schreibkunde sind, so daß sie nicht einmal dem unerläßlichen Erfordernis des Unterschreibens genügen können, sowie solche Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind; nur in dem Falle, daß sämtliche Personen der betreffenden fremden

---

[1]) vgl. Mot. S. 267 u.

[2]) vgl. Mot. V S. 269.

Sprache mächtig sind und der § 2245 BGB. Anwendung finden kann, steht ihrer Tauglichkeit nichts entgegen.[1])

II. Die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein.

a) Es drängt sich uns zunächst die Frage auf, wie das „während der ganzen Verhandlung" begrifflich zu fassen ist? Beschränkt sich die „Verhandlung" nur auf den eigentlichen Errichtungsakt des Testamentes in Gemäßheit des § 2238 Satz 1 BGB. und die in § 2242 BGB. angeordneten Abschlußformalitäten des Protokolls, oder ist auch die Aufnahme des Protokolls, insbesondere die Niederschrift des letzten Willens sowie des übrigen Protokollinhaltes als mit darunter fallend zu erachten.

§ 2238 Satz 1 BGB. sagt: „Die Errichtung des Testamentes erfolgt in der Weise, daß der Erblasser der Urkundsperson seinen letzten Willen mündlich erklärt oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte".

---

[1]) Peiser hat in Übereinstimmung mit Jastrow die Behauptung aufgestellt, ein Testament, welches unter Zuziehung eines Blinden, Tauben oder eines der deutschen Sprache nicht Mächtigen zustande käme, wäre dennoch gültig, da der zwingenden Vorschrift des Gesetzes, daß das Protokoll vorgelesen, unterschrieben, und daß in deutscher Sprache verhandelt werde, auch genügt sei, ohne daß der Zeuge höre, sehe oder verstehe, was verhandelt sei. Eine solche Ansicht widerspricht in der schroffsten Weise der ratio des Gesetzes. Welchen Zweck haben denn die zugezogenen Zeugen? Sie sollen für eine treue Vollziehung des Errichtungsaktes die Kontrollpersonen abgeben; sie sollen auch später, wenn Streitigkeiten entstehen, über die Vorgänge bei der Errichtung und darüber, daß das entsprechend dem Willen des Testators Niedergeschriebene von demselben auch wirklich erklärt ist, Auskunft geben können (vgl. Prot. V S. 263). Nur aus diesem Grunde hat das Gesetz die zwingende Vorschrift gegeben: „Er muß 2 Zeugen zuziehen". Ihr ist aber auch nur dann genügt, wenn die Zeugen die Wahrnehmungsfähigkeit besaßen, daß sie der ihnen zugewiesenen Aufgabe gerecht werden konnten. Das trifft aber bei Blinden usw. nicht zu; sie sind mehr oder weniger bloße Dekorationsfiguren, aber keine verantwortlichen Persönlichkeiten. Wollte man eine derartige äußerliche Interprentation zulassen, so liefe die zwingende Vorschrift der Zeugenzuziehung auf eine nichtssagende, zweck- und bedeutungslose Formvorschrift hinaus.

§ 2239 BGB. schließt sich unmittelbar an und sagt: „Die bei der Errichtung des Testamentes mitwirkenden Personen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein".

In diesem Zusammenhang kann das Gesetz nur die Verhandlung meinen, die mit der „Errichtung des Testamentes" im Sinne des § 2238 Satz 1 BGB. identisch ist, d. h. die Verhandlung, welche darauf gerichtet ist, den letzten Willen des Testators den Mitwirkenden erkennbar zu machen. Denn bis jetzt ist von einem Protokoll noch gar nicht die Rede. Nun erst folgt die weitere Vorschrift (vgl. § 2240 BGB.): „Über die Errichtung muß ein Protokoll aufgenommen werden". Das ist nur der begleitende Akt, durch ihn soll der verlautbar gewordene letzte Wille des Erblassers treu und gewissenhaft für die Zukunft beurkundet werden in Gemäßheit des Grundsatzes: „verba volant, scripta manent". Um aber eine treue Beurkundung zu garantieren, ist in das Gesetz der § 2242 BGB. mit den Schlußformalitäten des Protokolls aufgenommen worden. Hier sollen alle Mitwirkenden auf Ehre und Gewissen prüfen, ob die Urkunde den tatsächlichen Vorgängen entspricht; sie müssen deshalb während dieses letzten Aktes — es ist dies ein unerläßliches Erfordernis — alle zur Stelle sein, und aus diesem Grunde ist auch diese letzte Formalität mit unter den Begriff „Verhandlung" im Sinne des § 2239 BGB. zu subsumieren. Und wenn mit Beziehung hierauf das Gesetz angeordnet hat, daß die Mitwirkenden ununterbrochen zugegen sein sollen, so entspricht das auch der ratio des Gesetzes in diesen Mitwirkenden, welche den Vorgängen der „Verhandlung" beigewohnt haben, Personen zu gewinnen, welche imstande sind, bei etwaigen späteren Streitigkeiten Auskunft zu geben, daß das als Wille des Verfügenden Niedergeschriebene auch von diesem wirklich erklärt ist. Gerade weil der Gesetzgeber den § 2242 BGB. mit den strengen Schlußformalitäten für das Protokoll geschaffen hat, hat er noch besonders zum Ausdruck gebracht, daß er bis zur Schlußformalität der Aufnahme des Protokolls, insbesondere der Niederschrift des letzten Willens in formeller Hinsicht keine weitere Bedeutung beilegt. Diese Tätigkeit liegt in den Händen des instrumentierenden Beamten, und ob hierbei jemand gegenwärtig ist oder nicht, ist völlig gleichgültig. Dieser Gedanke

spricht sich auch in den Erwägungen der 2. Kommission[1]) aus, die zu der Annahme des § 2239 BGB. führten, indem man der Praxis das Vertrauen schenkte, daß diese eine Verletzung des Gesetzes nicht schon in einer kurzen, durch notwendige Bedürfnisse veranlaßten Entfernung einer der mitwirkenden Personen erblicke, während der ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattgefunden habe, das würde eben z. B. der Moment sein, wo der Testator seinen Willen oder einen Teil desselben erklärt hat und die Niederschrift des Erklärten erfolgt.

Allerdings ist zu berücksichtigen, daß die „Verhandlung“ in dem gegebenen Sinne und die Niederschrift des Protokolls meist so eng miteinander verknüpft und ineinander verwoben sind, daß es fast scheinen könnte, als umfasse die Verhandlung im Sinne des § 2239 BGB. auch die Aufnahme des Protokolls. Das ist der Fall, wenn der Testator seinen letzten Willen punktweise erklärt und sich die Niederschrift sofort anschließt. Es findet dann ein fortwährender Wechsel zwischen Verhandlung und Protokolltätigkeit statt, und in diesem Falle würden die Mitwirkenden auch während der Protokollaufnahme immer gegenwärtig sein müssen, bloß um den Weitergang der „Verhandlung“ nicht zu verpassen und dadurch die Nichtigkeit des Testaments herbeizuführen.

Ziehen wir nun die Konsequenz aus unseren Ausführungen, so ist folgendes festzustellen:

Der § 2239 BGB. ist nicht auf die Niederschrift des Protokolls zu beziehen, er ordnet nur an, daß sowohl bei der Erklärung des letzten Willens wie bei der Erfüllung der Schlußformalitäten des Protokolls, d. h. der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung, alle Mitwirkenden gegenwärtig sein müssen. Es steht nichts im Wege, eben weil die Abfassung des Protokolls nach dem Sinne des Gesetzes eine zunächst unverbindliche Tätigkeit der Urkundsperson ist, hierfür auch formularmäßige oder vorher bereits entworfene Protokolle zu benutzen; denn ihren rechtserheblichen Charakter erhalten sie ja erst durch die Schlußformalität des § 2242 Satz 1 BGB.

---

[1]) vgl. Prot. V S. 332.

Auf Grund dieses Ergebnisses ergibt sich auch die Entscheidung für den praktisch gewordenen Fall, daß ein Gemeindevorsteher die beiden Zeugen erst zugezogen hatte, nachdem die Besorgnis, daß die Errichtung vor einem Richter oder vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, im Protokoll bereits festgestellt hatte. Das Testament ist gültig. Denn die nach § 2239 BGB. erforderliche Anwesenheit während der „Verhandlung" ist erst notwendig mit dem Momente des Beginnens der Testamentserrichtung, d. h. dem Augenblicke, in welchem der Testator mit der Erklärung seines letzten Willens beginnt, zu diesem Zeitpunkte waren aber die Zeugen bereits zur Stelle.[1])

b) Des weiteren ist die Frage zu erörtern, welche Personen zu den „mitwirkenden" gehören. Selbstverständlich gehören dazu die beiden Zeugen und die Urkundsperson, der Gemeindebeamte. Nicht dazu gehört der Erblasser — es ergibt sich dies mit logischer Notwendigkeit aus § 2241 Nr. 2 BGB., wo die mitwirkenden Personen von dem Erblasser scharf getrennt sind —;[2]) er darf sich deshalb, soweit seine Anwesenheit nicht durch die gesetzlichen Vorschriften bedingt wird, während der „Verhandlung" zeitweilig entfernen.

Zweifelhaft ist es nur bezüglich des Dolmetschers, wenn dessen Zuziehung nötig wird. Die Meinungen sind geteilt. Wir tragen aber kein Bedenken, ihn von der Kategorie der „mitwirkenden Personen" auszuschließen. Einmal sprechen dafür schon rein äußerliche Gründe. Das Gesetz spricht nämlich sowohl in § 2241 BGB. wie § 2242 BGB. von mitwirkenden Personen, die im Protokoll bezeichnet seien bezw. dieses unterschrieben haben müssen. Bezüglich des Dolmetschers wiederholt es ausdrücklich diese Bestimmung in § 2244 BGB. Aber auch der Umstand, daß der Dolmetscher nicht vor dem § 2239 BGB., wo von den Ausschließungsgründen die Rede ist, unter den dort aufgezählten Per-

---

[1]) vgl. 1. die dahingehende Entscheidung d. KG. vom 2. 3. 1905. (Entsch. in FGG. Bd. 5 Heft 3 S. 238 ff.), 2. die zu demselben Ergebnis kommenden Ausführungen in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins Bd. 1 von Lauff, Loeffler, Werner S. 308 ff. bezw. 417 ff. bezw. 420 ff.

[2]) vgl. die dahingehende RGE. in JurW. 1905 S. 24.

sonen auf die der § 2239 BGB. gewissermaßen Bezug nimmt, mit aufgeführt ist, erhärtet die Vermutung, daß er nicht eine mitwirkende Person in dem Sinne des § 2239 BGB. ist.

Zu welchem Zwecke wird überhaupt der Dolmetscher bei der Testamentserrichtung zugezogen? Er soll nicht eine weitere Kontrollperson abgeben, sondern sein Zweck ist, für die berufenen Kontrollpersonen das Mittel zu bilden, den in der fremden Sprache redenden Testator zu verstehen; seine Stellung ist in der Verhandlung nicht eine von vornherein wesentliche, sie wird nur notwendig aus in der Natur der Sache begründeten Umständen. Er hat nur Übersetzungsarbeit zu liefern; aus diesem Grund ist seine Anwesenheit auch nur insoweit erforderlich, als er diesem Zwecke genügen soll, freilich wird das oft in der Praxis seine dauernde Anwesenheit fordern.

III. Die Errichtung des Testamentes.

Die Errichtung des Testamentes kann in zweierlei Form erfolgen:

a) Der Testator erklärt dem Gemeindebeamten seinen letzten Willen entweder mündlich — das wird der Regelfall sein — oder

b) er übergibt ihm eine Schrift mit der mündlichen Erklärung, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte.

Im ersten Falle ist zu beachten:

Die letztwillige Erklärung muß durch den Testator selbst erfolgen. Der Beamte, an den sie sich richtet, hat darauf hinzuwirken; denn nur so ist es möglich, den wirklichen Willen des Testators zu erforschen. Es ist daher von dem Gemeindebeamten nicht zu dulden, daß die Angehörigen des Erblassers, wie das auf den Dörfern üblich ist, das, was dieser erklären will, aber aus Gründen, die in seinem geschwächten Zustande liegen, nur mit Mühe dem Beamten klar machen kann, diesem selbst erklären wollen, und zwar mit der Begründung, sie wüßten ja, was der Testator sagen wolle.

Ein solcher Modus würde dahin führen können, daß das Ergebnis der auf die Erforschung des letzten Willens gerichteten Verhandlung im krassen Gegensatz zu dem wirklichen Willen des

Testators steht. Denn der Erblasser, der oft nur noch mit Mühe der Verhandlung zu folgen vermag, wird bei einem solchen Putativverfahren außerstande sein, zur Herbeiführung der Übereinstimmung zwischen seinem Willen und dem ihm von den Angehörigen imputierten die notwendigen Korrekturen zu geben. Er wird zu allem Ja und Amen sagen. Es wird sogar gefordert werden müssen, um eine freie und unbeeinflußte Erklärung des Testators zu erzielen, daß seine Angehörigen dem Errichtungsakt bisweilen überhaupt nicht beiwohnen und ihre Herbeiholung nur erfolgt, soweit es im Interesse der Verhandlung geboten erscheint, aber dann auch bloß im Einverständnis mit dem Erblasser, und wenn der Beamte die Überzeugung erlangt hat, daß von jener Seite eine Beeinflussung des Testators nicht zu erwarten steht. Wie oft kommt es vor, daß ein Testator, nur dem unaufhörlichen Drängen eines seiner Angehörigen folgend, im letzten Augenblicke noch zur Testamentserrichtung schreitet. Um Ruhe zu bekommen und weil seine Kräfte nicht mehr ausreichen, um dem seelischen Zwang zu widerstehen, läßt er sich dazu her, in der ihm von dem betreffenden Erben stetig eingeredeten Weise zu testieren. In solchen Fällen würde sich der Testator von dem auf ihm lastenden Zwange befreien können, wenn der begehrliche Erbe bei der Verhandlung nicht gegenwärtig wäre; er würde bei einer einigermaßen geschickten Hand des beurkundenden Beamten wieder zu sich selbst kommen und nun, da ja der Erbe den Inhalt des Testamentes zu Lebzeiten des Testators nicht erfährt, so testieren, wie er es für richtig hält und wie es seinem Willen entspricht.

In welcher Weise der Beamte im übrigen bei der Erforschung des letzten Willens zu Wege gehen will, bleibt ihm überlassen, die Mittel, die am schnellsten dahin führen, sind die besten. Milde, Sanftmut und Geduld werden allerdings oft in großem Maße vorhanden sein müssen, wenn er dieser Aufgabe gerecht werden will.

Die Erklärung des Erblassers muß mündlich sein und, da die Gerichtssprache die deutsche ist und auch im Bürgerlichen Gesetzbuche die Erklärung in einer fremden Sprache (vgl. § 2244 BGB.) als Ausnahmefall behandelt ist, in deutscher Sprache erfolgen. Zeichen- und Gebärdensprache[1]) ist nicht zulässig, auch

[1]) vgl. Mot. V S. 251.

Kopfnicken als Bejahung auf vorgelegte Fragen kann nicht als ausreichend erachtet werden, wohl aber eine mündliche Bejahung derselben.

Im Falle der Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift mit der erforderlichen Erklärung ist folgendes hervorzuheben:

Sie kann offen und verschlossen übergeben werden, sie kann vom Erblasser oder sonst einer Person geschrieben sein, sogar von einer im Testamente bedachten; denn das S. C. Libonianum ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen worden.[1] Für die Schrift ist keine Form vorgeschrieben; sie braucht insbesondere nicht unterschrieben zu sein im Gegensatz[2] zu den wichtigsten bisherigen Partikularrechten; man hat von diesem Erfordernis abgesehen, da der Wille des Verfügenden durch die nach § 2238 BGB. erforderliche Erklärung hinreichend sichergestellt wird und auch die praktischen Erfahrungen im allgem. Landrecht, wo in den verschlossen überreichten Schriften trotz ausdrücklicher Versicherung die Unterschriften häufig fehlten und dadurch die Nichtigkeit des Testaments herbeigeführt wurde, geeignet waren, das Unpraktische eines solchen Erfordernisses darzutun.

Ort und Datum können fehlen. Gleichgültig ist der Stoff; eine Grenze ist natürlich insofern gezogen, als die Materie so beschaffen sein muß, daß sie die in § 2246 BGB. bestimmten Manipulationen verträgt.

Jede Schreibweise, selbst Stenographie, Schreibmaschine ist gestattet. Gleichgültig ist die Sprache, allerdings muß hierbei gefordert werden, daß sie der Erblasser versteht; denn sonst würde ihm die Kontrolle entzogen sein, ob der Inhalt der Schrift auch seinem Willen entspricht, und es würde Raum gegeben werden für Anfechtungsgründe aus § 2078 BGB.

Unerheblich sind die Schriftzeichen; belanglos ist es, ob mit Tinte, Kreide usw. geschrieben ist.

Das Gesetz fordert, daß die Schrift den letzten Willen enthalte; damit ist eine Verweisung in der Schrift zu ihrer Ergänzung auf eine andere nicht beigefügte Urkunde unzulässig.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 275.

[2]) vgl. Mot. V S. 272.

Zweifellos ist es aber gestattet, mehrere letztwillige Verfügungen teils in der einen, teils in der anderen Form zu machen; dagegen wird es nicht zuzulassen sein, daß der Erblasser bei ein und derselben letztwilligen Verfügung beide Formen nebeneinander benutzen will, indem die Schrift die Erklärung des letzten Willens ergänzen soll. Es ist dies aus dem Gesichtspunkt heraus, daß die Erklärung des letzten Willens oder die Schrift den letzten Willen vollständig enthalten soll, abzulehnen. Im ersten Falle besteht dann das Testament aus zwei Teilen, die gleichberechtigt nebeneinanderstehen und bei der Auslegung auch dementsprechend zu behandeln sind. Eine Modifikation muß sich die Schrift ohne weiteres nur insoweit gefallen lassen, als diese Absicht des Testators aus seiner mündlichen Erklärung des letzten Willens deutlich hervorgeht.

IV. Das Protokoll.

a) Allgemeine Betrachtung.

§ 2240 BGB. bestimmt: „Über die Errichtung des Testamentes muß ein Protokoll aufgenommen werden".

Die Aufnahme des Protokolls liegt in den Händen des Gemeindebeamten; es ist gleichgültig, ob er das Protokoll einem Zeugen, einer zu diesem Zwecke zugezogenen Person diktiert oder die Niederschrift selbst besorgt oder diese Person oder Zeuge das Protokoll selbständig verfaßt, die Verantwortung für die Formgerechtigkeit trägt aber stets der Beamte.

Die Aufnahme des Protokolls ist eine zwingende Vorschrift, d. h. für die Gültigkeit des Testamentes wesentlich.

Die §§ 2240—2242 und 2249 BGB. enthalten die allgemeinen für das Protokoll gegebenen Vorschriften; sie müssen bis auf § 2242 Abs. 1 Satz 3 BGB. sämtlich beobachtet werden, wenn das Testament nicht wegen Formmangels nichtig sein soll. Daneben bleiben gemäß Art. 151 EG. z. BGB. die durch Landesgesetze geschaffenen allgemeinen Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden als Ordnungsvorschriften bestehen, d. h. ein Verstoß gegen dieselben hat, wenn die Protokollvorschriften

des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfüllt sind, keine Nichtigkeit des Testamentes zur Folge.

Die Vorschrift der Aufnahme eines Protokolls bezieht sich in gleicher Weise auf die beiden Formen der Testamentserrichtung des § 2238 Abs. 1 BGB.[1]) Es ist nicht zulässig, bei der Errichtung des Testamentes durch Übergabe einer Schrift das besonders über die Verhandlung zu führende Protokoll auf dieser überreichten Schrift durch eine Beglaubigung zu ersetzen, dagegen kann das Protokoll auf der überreichten Schrift, auf die in der Erklärung Bezug genommen wird, aufgenommen werden. Diese Annahme ist durch Beschluß des OLG. Dresden VI. Zivilsenat v. 23. 5. 1901 zur Norm erhoben worden in Auslegung des § 176 FGG., der im wesentlichen dasselbe enthält wie die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[2])

Man hat die Entscheidung aus einer unbefangenen Lesung des § 176 Abs. 1 und 2 gefolgert, die keinerlei beachtlichen Anlaß zu einem Zweifel in der Richtung ergebe, daß die Aufnahme des Protokolls auf der Schrift selbst unzulässig sei. Es sei auch nicht einzusehen, warum ein Protokoll, worin der Beteiligte sich zum Inhalte einer Schrift bekennt, nicht auf diese Schrift selbst unter deren Schluß in gültiger Weise gebracht werden könne, zumal für dieses Verfahren die Einfachheit, Kürze, Sicherheit und Übersichtlichkeit spreche. Auch die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs lassen eine derartige Interpretation nicht ungerechtfertigt erscheinen, wennschon nach dem Wortlaute des § 2246 BGB., der von „dem aufgenommenen Protokoll insbesondere im Falle der Errichtung durch Übergabe einer Schrift nebst dieser Schrift“ spricht, das Gesetz als Regelfall denjenigen im Auge hat, wo Protokoll und Schrift zwei getrennte Stücke bilden. Für den Fall, daß eine verschlossene Schrift überreicht wurde, fällt eine andere Möglichkeit sowieso aus.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 271.

[2]) vgl. Rechtspr. der OLG. auf dem Gebiete des Zivilr., Mugdan-Falkmann 1901 Bd. 3 S. 74 ff.

b) Welches sind die einzelnen Vorschriften bezüglich des Protokolls?

1. Das Protokoll muß in deutscher Sprache aufgenommen sein; es folgt dies aus § 186 GVG.[1]) Eine Ausnahme bildet der § 2245 BGB.

2. Das Protokoll muß enthalten:

a) Ort und Tag der Verhandlung.[2]) „Die Angabe des Ortes und des Tages, d. h. des Monatstages, Monats und Jahres der Verhandlung ist für die Rechtsbeständigkeit und für die Auslegung des Testamentes von solcher Bedeutung, daß sie als wesentlicher Bestandteil des Protokolls beibehalten werden muß.“ Aus diesem Grunde ist ein unrichtig datiertes und mit falscher oder ungenauer Ortsbezeichnung versehenes Testament nichtig. Die Ortsbezeichnung ist unerläßlich zur Entscheidung der Frage, ob der betreffende Gemeindebeamte für den Errichtungsakt zuständig war. Die Zeitangabe ist unentbehrlich für die Feststellung der Geschäftsfähigkeit des Testators, für das Verhältnis mehrerer Testamente zueinander und vor allem auch für die Berechnung der Gültigkeitszeit in Gemäßheit des § 2252 BGB.

Gleichgültig ist es, ob die unrichtige Datierung auf Absicht, Versehen oder auch auf einen offensichtlichen Schreibfehler zurückzuführen ist. Das Testament ist unter allen Umständen nichtig. Versehen, Absicht und offensichtlicher Schreibfehler können als Kriterium nicht zugelassen werden, weil hierdurch keine feste Grenze gezogen ist, wann das eine oder andere gegeben ist. Die Entscheidung läge in der Hand des Richters und könnte nur bei aller Gewissenhaftigkeit desselben, vom objektiven Standpunkt aus betrachtet, eine mehr oder weniger willkürliche sein. Damit wäre aber die gesetzliche Vorschrift des § 2241 Nr. 1 BGB., welche ein wesentliches Moment für das Protokoll bedeuten soll, vollständig ins Schwanken gebracht. Der Gesetzgeber will auch diese Vorschrift mit voller Schärfe und äußerster Konsequenz durchgeführt wissen, weil er nur dann eine gewisse Garantie hat, daß die Datierung, welche für das Testament bezüglich Auslegung usw.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 271.

[2]) vgl. Prot. V S. 337.

von so eminenter Bedeutung ist, mit der unerläßlichen Gewissenhaftigkeit besorgt wird. Besonders weil in vielen Fällen der Nachweis einer richtigen Datierung gar nicht möglich ist, hat der Gesetzgeber, um dem Mißbrauch in dieser Hinsicht einigermaßen vorzubeugen, als Gegengewicht, als Schreckmittel gegen absichtlich unrichtige Datierung die unabwendbare Nichtigkeit des Testamentes geschaffen für den Fall, daß auch nur die geringste Ungenauigkeit in der Datierung verlautbar wird. Die Aussicht, daß mit der Einrede des Versehens in der Datierung — und wer sollte das nicht glaubhaft machen können — das Testament vor Nichtigkeit bewahrt werden könnte, würde auch unzweifelhaft manche berechnete unrichtige Datierung herbeiführen, die bei einer strengen Befolgung des § 2241 Nr. 1 BGB. verhindert wird.[1])

Für die Orts- und Zeitangaben ist keine bindende Form vorgeschrieben; sie haben nur so bestimmt zu erfolgen, daß sich aus der Urkunde der Tag kalendermäßig berechnen läßt und die Zugehörigkeit des Ortes zu einem die Zuständigkeit begründenden politischen Verbande noch bestimmbar ist.

Daß Protokoll muß ferner enthalten:

β) Die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen. Der Nachdruck ist auf Bezeichnung zu legen. Das Gesetz will damit andeuten, daß diese Feststellung nicht durch Namensnennung erfolgen muß.[2]) Die 2. Kommission hat den Entwurf, der die Feststellung durch Namen forderte, dahin abgeändert. Es ist nunmehr jede Art der Bezeichnung dieser Person gestattet, die keinen Zweifel über deren Identität zuläßt; also auch einer Bezeichnung durch Pseudonym, sofern es keinen Zweifel zuläßt, steht nichts im Wege. Die Unterschrift des Erblassers und der mitwirkenden Personen kann selbstverständlich die im Protokoll geforderte Bezeichnung nicht ersetzen; sie kommt nur als weiteres Formerfordernis noch hinzu. Als ausreichende Bezeichnung ist aber zu erachten die Bezugnahme im Protokoll auf die unterschriebenen Personen, etwa in der Form: „Auf Antrag usw. hatten sich die unterzeichneten Per-

---

[1]) vgl. die dahingehenden Entsch. des KG. (Entsch. in FGG. Bd. 6 S. 173 ff.).
[2]) vgl. Prot. V S. 337.

sonen zwecks Errichtung einer letztwilligen Verfügung hierher begeben".[1])

Nicht erforderlich ist eine Angabe über den Wohnort des Erblassers und der mitwirkenden Personen, ebensowenig die Angabe des Amtssitzes des beurkundenden Gemeindebeamten.[2])

Im Gegensatz zum 1. Entw. ist auch keine Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden, nach der die Eigenschaft, in welcher eine mitwirkende Person mitgewirkt habe, im Protokolle nicht fehlen dürfe. Der Gesetzgeber ging von der Annahme aus, daß diese Eigenschaft wohl stets bei der Bezeichnung der einzelnen Person angegeben sein werde und sich äußerstenfalles aus dem Zusammenhang des Protokolls oder aus den Unterschriften werde entnehmen lassen.[3]) [4])

γ) Das Protokoll erfordert weiter noch die nach § 2238 BGB. erforderlichen Erklärungen des Erblassers und im Falle der Übergabe einer Schrift die Feststellung der Übergabe.

3. Die Besorgnis, daß die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, muß im Protokoll festgestellt werden.

a) Es ist zunächst die Frage zu erörtern, von welcher Seite die Feststellung zu erfolgen hat? Genügt grundsätzlich eine Feststellung durch den Testator wie etwa in § 2244 Abs. 3 Satz 1 BGB.?

Wir sind im § 2 unserer Ausführungen zu dem Ergebnis gelangt, daß die Voraussetzung der Testamentserrichtung vor dem Gemeindevorsteher auf der subjektiven Besorgnis des Gemeindebeamten, daß die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde, gegründet sein muß, und daß es hierbei auf eine Besorgnis des Testators in rechtlicher Beziehung gar nicht ankommt, wenn auch in der Praxis der Gemeindevorsteher die Besorgnis des kranken und

---

[1]) vgl. RGE. v. 18. 11. 1901 Bd. 50 S. 16.

[2]) vgl. Mot. V S. 272.

[3]) vgl. Prot. V S. 337.

[4]) vgl. auch die für das Protokoll gegebenen Ordnungsvorschriften: § 176 Abs. 3 RG. i. FGH.; Art. 40 preußisches Gesetz i. FGH. und § 16 der Anweisung v. 15. 3. 1904.

sein Ende fühlenden Testators, da er in der Regel keine Veranlassung hat, deren Erheblichkeit zu bezweifeln, und ihm die Mittel zu einer objektiv richtigen Feststellung fehlen, meist ohne weiteres zu der seinigen machen wird, so daß tatsächlich doch die Besorgnis des Testators in den meisten Fällen ausschlaggebend sein wird. Die logische Konsequenz hieraus ist, daß der Gemeindebeamte auch die im Protokoll erforderliche Besorgnisfeststellung als Ausfluß seines subjektiven Empfindens treffen muß, es ist darin keine Vertretung möglich. Jede protokollarische Feststellung, die nicht den Zusammenhang mit der subjektiv gefaßten Besorgnis des beurkundenden Beamten erkennen läßt, führt notgedrungen die Nichtigkeit des Testamentes herbei. Eine grundsätzliche Feststellung durch den Testator wie in § 2244 Abs. 3 Satz 1 BGB. genügt keinesfalls.

b) In welcher Weise hat die Feststellung zu erfolgen?

Das Gesetz schreibt nur vor, daß die Besorgnis im Protokoll festgestellt werden muß, in welcher Weise diese Feststellung aber getroffen wird, überläßt es dem Gemeindebeamten. Es ist somit jede Form der Feststellung zugelassen, sofern sie keinen Zweifel darüber läßt, daß seitens des Beamten die Besorgnis gehegt worden ist, insbesondere sind keine „sakramentalen" Worte vorgeschrieben; das Wort Feststellung muß nicht dabei verwendet werden.[1])

Es würde auch genügen, daß sich aus dem Protokoll durch Interpretation mit Sicherheit die Besorgnis des Beamten feststellen ließe; denn damit wäre im Protokoll, sei es nun, wo es wolle, erkennbar geworden, daß der Beamte aus Besorgnis zur Testamentsaufnahme geschritten ist, und dies käme einer Feststellung im Sinne des § 2249 Abs. 2 BGB. gleich.

Aus der Formlosigkeit der Feststellung folgt selbstverständlich auch, daß es nichts schadet, wenn die Feststellung nur dahin getroffen ist, daß die Besorgnis bestehe, es könne bis zur Herbeiholung des Richters — unter Weglassung des Notars — nicht gewartet werden. Das Reichsgericht sagt mit Recht, die Rüge

---

[1]) vgl. JurW. Beil. Nr. 3 u. 7 1902 bezw. 1903 S. 216 bezw. 64; ferner JurW. 1905 S. 24; Gruchot Bd. 47 S. 983.

der Revision betreffend die Notwendigkeit einer solchen ausdrücklichen Feststellung auch bezüglich des Notars sei wesentlich tatsächlicher Natur.

Eine ausreichende Feststellung würde aber nicht vorliegen, wenn im Eingange des Testamentes nur vermerkt wäre, „daß der Besitzer A, welcher sich sehr krank befindet, seinen letzten Willen erklären wolle".[1]) Hierin liegt nur die Feststellung, daß der A sehr krank ist, von einer seitens des Beamten vorhandenen Besorgnis kann nichts herausgelesen werden.

Ebensowenig liegt eine hinreichende Feststellung vor, wenn im Protokoll nur der Passus aufgenommen worden ist, der Vorsteher habe die ihm wohlbekannte Witwe A im Bette liegend und derart krank gefunden, daß sie nicht imstande war, ihr Haus und ihr Bett zu verlassen.[2])

c) Wie würde auf Grund der gewonnenen Ergebnisse folgender Fall zu entscheiden sein?

Der Gemeindebeamte stellt am Eingang des Protokolls fest, daß der Testator körperlich krank, aber geistig gesund sei, und läßt ihn dann selbst erklären (analog § 2244 BGB.):

„Da ich besorge, daß ich früher sterben werde, als die Herbeirufung eines Richters oder Notars möglich ist, so habe ich den Gemeindevorsteher gebeten, das Testament aufzunehmen".

Eine positive oder negative Erklärung des Beamten in dieser Beziehung fehlt.

Die in das Protokoll aufgenommene Erklärung des Testators läßt nur die subjektive Besorgnis des Erblassers erkennen, zu der aber im Protokoll erkennbar noch diejenige des beurkundenden Beamten hinzukommen muß, wenn die Feststellung einer solchen im Sinne des § 2249 Abs. 2 Satz 1 BGB. genügen soll. Man könnte sich nun fragen, ob nicht im vorliegenden Falle der Beamte durch die zusatzlose Aufnahme der Erklärung des Testators hat zu erkennen geben wollen, daß er dessen Besorgnis teile. Wir

---

[1]) vgl. Beschluß d. KG. I. Zivilsenat v. 19. 9. 1904 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 Nr. 49 S. 413 ff.

[2]) Der Fall ist mitgeteilt vom Amtsgerichtsrat Voß in der DJZ. 1901 S. 280.

möchten das nicht annehmen. Gerade weil der Beamte zunächst die Feststellung trifft, daß der Testator krank usw. sei und die Erklärung dann zusatzlos anschließt, läßt dies darauf schließen, daß er hierdurch keine subjektive Besorgnisfeststellung treffen, sondern nur andeuten will, daß er sich auf Grund der Besorgnisäußerung des Testators zur Vornahme des Errichtungsaktes berechtigt glaubt. Allerdings ist auch die entgegengesetzte Auslegung nicht von der Hand zu weisen. Der Umstand aber, daß die Form der Abfassung des Protokolls zwei konträre Auslegungen zuläßt, also die Frage, ob der Beamte die erforderliche subjektive Besorgnis gehabt hat, unbeantwort gelassen wird, zwingt dazu, eine Feststellung im Sinne des § 2249 Abs. 2 BGB. nicht als gegeben zu erachten. Das Testament ist für nichtig zu erklären.

Eine benigna interpretatio in favorem testamenti in Gemäßheit des § 2084 BGB. ist nicht zulässig. Die Anordnung des § 2084 BGB. bezieht sich natürlich bloß auf den Inhalt der letztwilligen Verfügung im engsten Sinne, d. h. die letztwillige Erklärung des Testators, aber nicht auf eine etwa wie hier vorkommende Auslegungseventualität, die einen in das Protokoll zur Beobachtung der Form aufgenommenen Passus betrifft. Aber selbst wenn der § 2084 BGB. im vorliegenden Falle zulässig wäre, also „letztwillige Verfügung" im weitesten Sinne gefaßt würde, darf die Interpretation doch nicht so weit gehen, daß sie in die letztwillige Verfügung einen bisher gar nicht darinnen enthaltenen Willen hineinbringt. Wenn von Interpretation überhaupt gesprochen wird, muß sie immer einen bereits vorhandenen Willen zum Gegenstand haben. Deshalb darf sie auch hier nur, wenn die hinreichenden Anhalte gegeben sind, einen vorhandenen in eine allgemeine Richtung sich bewegenden Willen, der aber in concreto eine Auslegung zuläßt, nach der die letztwillige Verfügung hinfällig ist, sowie eine,[1] nach der sie aufrechterhalten werden kann, die Richtung auf den Erfolg geben.

Im vorliegenden Falle läßt sich überhaupt nicht ein Wille mit Sicherheit konstatieren. Es bestehen nur die beiden Möglich-

---

[1]) vgl. Prot. V S. 44.

keiten, daß der Beamte den Willen auf subjektive Besorgnisfeststellung gehabt hat, oder daß er ihn nicht gehabt hat. Die Anwendung des § 2084 BGB. würde diesen vielleicht gar nicht vorhandenen Willen erst schaffen, zur Geltung bringen, und das ist unstatthaft, ungesetzlich.

4. Das Protokoll muß vorgelesen werden. Es ist hierbei die Entscheidung der Frage von Wichtigkeit, in welchem Sinne das Wort Protokoll gemeint ist; hat man darunter den Protokollinhalt im weitesten Sinne, also sämtliche darinnen enthaltenen, aus den §§ 2241—2245, 2249 BGB., den einschlägigen Paragraphen der Gesetze in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Anweisung vom 15. 3. 1904 usw. sich ergebenden Feststellungen zu verstehen, oder ist Protokoll hier gleichbedeutend mit dem Protokollinhalt des § 2241 Nr. 1—3 BGB. Man wird sich zu dieser letzteren Ansicht bekennen müssen, und zwar aus folgenden Gründen: Es entspricht nicht dem Sinne des Gesetzes, die Gültigkeit des Testamentes auch an die Verlesung derjenigen Feststellungen im Protokoll zu knüpfen, deren Beobachtung eine alleinige Pflicht des instrumentierenden Beamten ist, ohne daß eine kontrollierende Tätigkeit des Erblassers und der mitwirkenden Personen hinzukommen muß. Aber auch der Umstand, daß sich die Vorschrift des § 2242 BGB., welche die Vorlesung des Protokolls anordnet, unmittelbar an den § 2241 BGB. anschließt, der den wesentlichen Bestandteil des Protokolls enthält, läßt nur den einen Schluß zu, daß sich eben die Vorlesung auf das Protokoll in dem durch § 2241 BGB. gegebenen Umfang erstrecken soll.[1])

Daraus folgt aber, wie das Reichsgericht mit Recht hervorhebt, daß auch der Teil des Protokolls zur Vorlesung kommen muß, in dem sich die Angaben über Ort und Tag der Verhandlung befinden. Es folgt aber auch ebenso daraus, daß nicht diebei der Errichtung des Testaments durch Übergabe einer Schrift überreichte Schrift zur Vorlesung kommen darf, wobei es gleich-

---

[1]) Auf diesem Standpunkt stehen Rechtspr. d. RG. Bd. 50 S. 215 ff. und OLG. Stuttgart I. Zivilsenat, Beschl. v. 16. 11. 1904, vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 Nr. 50 S. 422 ff.

gültig ist, ob sie nun offen oder geschlossen gewesen ist. Hiernach ist in dem praktischen Falle, in welchem die im Protokolle enthaltene Feststellung der Besorgnis, daß die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde, nicht vorgelesen war, die Entscheidung zugunsten der Gültigkeit des Testamentes zu fällen:

In dem § 2249 Abs. 2 BGB. ist nur angeordnet, daß die Besorgnis festgestellt werden muß. Würde auch eine Vorlesung dieser Feststellung gefordert werden, so müßte, nachdem durch § 2242 Satz 1 BGB. in Verbindung mit § 2241 BGB. der Begriff des Protokolls im Sinne des § 2242 Satz 1 BGB. unzweifelhaft mit dem Inhalte des Protokolls nach § 2241 Nr. 1—3 BGB. zu identifizieren ist, diese Vorlesung im § 2249 Abs. 2 BGB. besonders angeordnet werden; das ist aber nicht geschehen.

Die Vorlesung des Protokolls hat natürlich nicht nur in Gegenwart des Erblassers zu erfolgen. Auch die mitwirkenden Personen müssen von dem Inhalte desselben Kenntnis erhalten denn sie sollen ja die Kontrollpersonen dafür sein, daß alles ordnungsmäßig vor sich gegangen ist, und daß namentlich das als Wille des Verfügenden Niedergeschriebene auch wirklich mit diesem Willen übereinstimmt. Daß sie dieser Pflicht genügt haben, müssen sie gemäß der Anordnung des § 2242 Abs. 3 BGB. durch ihre Namensunterschrift bestätigen. Die unerläßliche Gegenwart bei der Vorlesung folgt auch bereits aus § 2239 BGB.[1])

5. Das Protokoll muß von dem Erblasser genehmigt werden. Für die Genehmigung ist keine bindende Form vorgeschrieben. Es genügt somit auch, wenn der Erblasser sein Einverständnis mit dem Protokollinhalte durch bloßes Kopfnicken zum Ausdruck bringt. Der Genehmigungsakt soll für den beurkundenden Beamten die Kontrolle dafür sein, ob er auch den Willen des Testators richtig erforscht und das Ergebnis vor allen Dingen richtig beurkundet hat.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 273.

6. Das Protokoll muß a) von dem Erblasser eigenhändig unterschrieben werden. Die Sachlage ist einfach, wenn der Erblasser schreiben kann. Er hat dann seinen vollständig ausgeschriebenen Namen darunter zu setzen. Handzeichen irgend welcher Art, wie sie im § 126 BGB. gestattet sind, dürfen nicht angewendet werden.

Erklärt jedoch der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so muß seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt werden. Es soll dies die Ersatzform sein, ist also ebenso wie das Erfordernis der Namensunterschrift zwingenden Rechts. Die Erklärung des Erblassers ist entscheidend; es braucht im Protokoll nicht festgestellt zu werden, aus welchen Gründen der Testator am Schreiben verhindert ist. Die Motive sagen: „An die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift die Nichtigkeit des Errichtungsaktes zu knüpfen, würde zu hart sein“.[1]) Infolge dieses Nachlasses ist es gleichgültig, ob der Erblasser seine Erklärung abgibt, weil er tatsächlich nicht schreiben kann, oder weil er infolge Krankheit, einer Verletzung außerstande ist, oder endlich auch, weil er nicht schreiben will. Allerdings würde es nicht hinreichen, um die Ersatzform eintreten zu lassen, wenn der Erblasser das letztere Motiv derart zum Ausdruck bringen würde, daß er nur erklärte, er wolle nicht unterschreiben, oder wenn dem Beamten dieser Beweggrund in anderer Weise notorisch geworden wäre. Der Gegenbeweis nur, daß dem Testator die Bewirkung der Unterschrift möglich gewesen sei, wird ausgeschlossen.

Es ist durchaus erforderlich, daß der Testator die Erklärung, nicht schreiben zu können, ausdrücklich, wenn auch formlos abgibt; denn nur sie soll im Protokoll beurkundet werden. Es kann deshalb nicht genügen, wenn der beurkundende Beamte, welcher die zweifellose Indisposition des Erblassers erkannt hat, nun seinerseits diese Tatsache objektiv beurkundet. Dagegen wird man aus der Formlosigkeit der Erklärung unbedenklich folgern dürfen, daß der gesetzlichen Vorschrift genügt ist, wenn der Erblasser durch Genehmigung der durch den Beamten getroffenen Feststellung der

---

[1]) vgl. Mot. V S. 273.

Erklärung bestätigt, nicht schreiben zu können.[1]) Der Gültigkeit des Testamentes würde demnach nichts im Wege stehen, wenn nach der ohne Erklärung getroffenen Feststellung des Unvermögens im Protokoll der Vorlesungs- und Genehmigungsvermerk folgen würde und der Erblasser diese Vermerke unterkreuzt haben würde. Denn hieraus wäre der Schluß berechtigt, daß der Testator durch seine Genehmigung des vor den Vermerken stehenden Protokollinhaltes auch die darin befindliche Feststellung der Erklärung genehmigt und damit für seine Person bestätigt hätte, nicht schreiben zu können.[2])

Nichtig würde aber das Testament sein, wenn diese Feststellung in dem vorgelesenen und genehmigten Protokollinhalte fehlte und dessen Unterkreuzung stattgefunden hätte. Dann könnte die Unterkreuzung nur als solche betrachtet werden; diese entspricht aber weder einer Unterschrift im Sinne des § 2242 Satz 1 BGB. noch kann aus ihr eine Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, gefolgert werden. Denn es kann ja auch aus Bequemlichkeit oder Eigensinn die Unterschrift unterblieben sein. Daran wird auch nichts geändert, wenn die Unterkreuzung, wie es in dem angezogenen praktischen Fall geschehen ist,[3]) von dem Gemeindebeamten durch einen Vermerk: „für Marianne Sch.“ beglaubigt worden ist. Auch der Umstand, daß die betreffende Erblasserin den Zeugen bei der Aufnahme erklärt hatte, nicht schreiben zu können, kann die Nichtigkeit nicht abwenden, da der Beweis dafür, daß die Erblasserin die Erklärung abgegeben hat, nicht durch Zeugen, sondern aus dem Protokoll selbst erbracht werden muß, weshalb eben die zwingende Vorschrift auf Feststellung der Erklärung des Erblassers gegeben ist.

Welche Stelle im Protokoll muß nun die Feststellung der

---

[1]) vgl. RGE. in JurW. 1904 S. 116 ff.

[2]) vgl. die dahingehende Entscheidung des OLG. Hamburg v. 18. 11. 1904 in Entsch. in FGG. Bd. 5 S. 48.

[3]) vgl. Entsch. d. OLG. Bamberg in Seufferts Arch. für d. Entsch. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 5 S. 29.

Erklärung, wenn das Testament nicht ungültig sein soll, einnehmen?[1])

In der Praxis herrscht darüber Zweifel. Ist es erforderlich, daß die Erklärung vor dem Vorlesungs- und Genehmigungsvermerk aufgenommen ist?

Man darf in den Bestimmungen, die sich auf die Testamentserrichtung beziehen, mit dem Worte „Protokoll" nicht immer den gleichen Begriff verbinden. Es ist dort teils in einem beschränkten, sich mit dem Inhalte des § 2241 BGB. deckenden Sinne gebraucht (vgl. oben), teils im weitesten Sinne und umfaßt dann sämtliche Feststellungen und Notizen, welche die von dem Beamten über die Errichtung des Testaments aufgenommene Urkunde enthält. Im § 2242 Satz 1 BGB. ist „Protokoll" unzweifelhaft in dem durch § 2241 BGB. gegebenen Umfange gemeint; auf dieses Protokoll bezieht sich also auch die Vorschrift, daß es unterschrieben werden muß. § 2242 Abs. 2 BGB. ordnet nun an, daß für den Fall, wo der Testator erklärt, nicht schreiben zu können, als Ersatz an die Stelle der Unterschrift die Feststellung der Erklärung des Erblassers treten soll.

Wenn aber die Unterschrift nur auf das Protokoll in dem beschränkten Sinne bezogen werden darf, so muß das in gleichem Maße auch von dem Ersatz der Unterschrift gelten. Wenn also § 2242 Abs. 2 BGB. anordnet, daß die Erklärung des Erblassers im Protokoll festgestellt werden muß, so ist damit natürlich nicht in dem Protokoll gemeint, auf das sich der Unterschriftersatz bezieht, d. h. das Protokoll im engeren Sinne, sondern der weitere Begriff des Protokolls. Muß die Feststellung aber in diesem Protokoll getroffen werden, so wäre es an und für sich gleichgültig, wo dies geschähe; auf jeden Fall wäre es nicht zwingende Vorschrift, daß dies bereits vor dem Vorlesungs- und Genehmigungsvermerk erfolgen müsse. Es könnte ebensogut zu allerletzt im Protokolle geschehen. Jedoch der Text des Gesetzes, welcher sagt, daß die Feststellung die Unterschrift ersetzen soll, zwingt zu der Annahme, daß diese Feststellung in gleicher Höhe

---

[1]) vgl. die Ausführungen Sauers in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1905 Nr. 3 S. 69ff.

mit der sonstigen Unterschrift des Erblassers getroffen werden soll; aber es würde nichts schaden, wenn sie erst später getroffen würde. Ungültigkeit des Testamentes hätte sie natürlich zur Folge, wenn sie bereits vor dem Protokoll im engeren Sinne getroffen worden wäre.

b) Das Protokoll muß von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden. Es kann sich hierbei nur um das Protokoll im weitesten Umfange handeln. Zu den mitwirkenden Personen gehört, wie wir oben ausgeführt haben, unzweifelhaft der beurkundende Beamte. Wenn aber mit Beziehung auf diesen angeordnet ist, daß er das Protokoll unterzeichnen muß, so kann das Protokoll nur in diesem Sinne in Frage kommen. Der Beamte ist für den ganzen Protokollinhalt verantwortlich; er muß deshalb, um diese Verantwortlichkeit auch äußerlich zu dokumentieren und um den ohne seine Unterschrift in der Luft stehenden und ihm solange noch nicht zurechenbaren Feststellungen und Notizen des Protokolls erst den amtlichen Charakter und somit dem Protokoll selbst die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde zu geben, die sämtlichen Feststellungen und Notizen im Protokoll unterschreiben. Weil aber die beiden Zeugen im § 2242 Abs. 3 BGB. zusammen mit dem Beamten genannt sind, ist auch von ihnen zu fordern, daß sie das Protokoll im weitesten Umfange unterzeichnen. Da nun das Protokoll bloß zum beschränkten Teil (im Umfange von § 2241 Nr. 1—3 BGB.) zur Vorlesung kommen muß, so resultiert für die beiden Zeugen, wenn dies wirklich so geschehen ist, die Pflicht, sich bezüglich des weiteren von ihnen mit zu unterzeichnenden Protokollinhaltes, soweit er ihnen nicht während der Verhandlung offenkundig geworden ist, sich in geeigneter Weise Kenntnis zu verschaffen, vielleicht, indem sie darauf bestehen, daß der gesamte Protokollinhalt zur Vorlesung kommt. In der Praxis wird dieser Fall so gut wie ausgeschlossen sein, da ja der beurkundende Beamte, um jeder Weiterung den Boden abzugraben, stets das Protokoll in allen seinen Teilen und nicht nur, soweit er dazu gezwungen ist, zur Vorlesung bringen wird. Ein Mehr wird hier niemals schaden können. Es würde aber ohne Frage ein Protokoll denkbar sein, in das zunächst das Protokoll in dem Umfange von § 2241 Nr. 1—3 BGB. aufgenommen, zur Vor=

lesung und Genehmigung gebracht und dann vom Erblasser unterzeichnet wird, in dem dann noch weitere Feststellungen und Notizen mit den endlichen Endunterschriften der mitwirkenden Personen folgen. Daraus, daß die mitwirkenden Personen das Protokoll im weiteren Umfange als der Erblasser unterschreiben müssen, folgt auch für das Protokoll der Grundsatz, daß die Unterschriften dieser Personen nach der des Erblassers zu erfolgen haben. Ihre kontrollierende Tätigkeit soll sich ja gerade auf den Unterzeichnungsakt durch den Erblasser mit erstrecken.[1])

In den Motiven wird noch ausführlich die Frage erörtert, welche Folgen es für das Testament hat, wenn der Testator oder eine mitwirkende Person vor dem Abschluß des Protokolls stirbt oder geschäftsunfähig wird. Die Motive stehen auf dem Standpunkt, daß der Tod bezw. die Geschäftsunfähigkeit einer dieser Personen vor Abschluß die Nichtigkeit des Testamentes zur Folge haben muß. Die Beantwortung der Frage auf Grund des Gesetzes muß folgende sein:

Es ist streng zu unterscheiden zwischen Testator und den mitwirkenden Personen. Tritt der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers vor der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls in dem engeren Sinne ein, so ist das Testament nicht zustande gekommen. Hat aber der Testator das Protokoll in diesem Sinne bereits unterzeichnet, er stirbt nur oder wird geschäftsunfähig vor dem Abschluß des Protokolls im weitesten Sinne — es sind etwa noch einige Feststellungen zu treffen, z. B. die der Besorgnis oder auch nur noch die Unterschriften seitens der mitwirkenden Personen zu leisten —, so hat dieses Ereignis auf die Wirksamkeit des Testamentes keinen Einfluß. Der § 2239 BGB. fordert die Anwesenheit des Testators während der Testamentsverhandlung als nichtmitwirkende Person nur so weit, als sie durch gesetzliche Vorschriften bedingt ist. Da aber nach der Unterzeichnung des Protokolls im engeren Sinne keine gesetzliche Vorschrift mehr die Gegenwart des Erblassers fordert, kann auch der Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit vor der Unterzeichnung durch Zeugen und Gemeindebeamten, überhaupt

---

[1]) vgl. Mot. V S. 274.

vor dem Abschlusse des Protokolls im weitesten Sinne auf die Gültigkeit des Testaments keinen Einfluß haben.

In der Praxis, wo diese Unterscheidung zwischen Protokoll im engeren und weiteren Sinne nicht gemacht wird, sondern fast immer das Protokoll im weitesten Umfange, gleichgültig, ob dies nach dem Gesetz erforderlich ist oder nicht, zur Vorlesung kommt, und wo auch die Unterschrift des Testators sowohl unter den Bestandteilen des Protokolls im engeren wie weiteren Sinne, die ja auch meist bunt durcheinander gemischt sind, erfolgt, würde die Irrelevanz des Eintritts des Todes bezw. der Geschäftsunfähigkeit des Testators sich allerdings meist nur noch auf die Unterschriftsformalität der mitwirkenden Personen erstrecken.

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit bezw. des Todes seitens einer der mitwirkenden Personen, deren Gegenwart während der ganzen Testamentsverhandlung erforderlich ist, vor dem vollständigen Abschlusse des Protokolls, d. h. der letzten notwendigen Unterschrift, würde allerdings bewirken, daß der ganze Akt umsonst war, es müßte unter Zuziehung einer geeigneten Persönlichkeit die ganze Verhandlung wiederholt werden. Dieselbe Konsequenz würde sich ergeben, wenn eine dieser Personen aus Schreibunkenntnis ihre Unterschrift nicht leisten könnte.

7. Im Protokoll muß festgestellt werden, daß das Protokoll vorgelesen, seitens des Testators genehmigt und unterschrieben worden ist.

Sehr bestritten ist die Frage, wo im Protokoll diese Feststellung zu treffen ist. Ist es gestattet, sie im Protokoll erst nach der Unterschrift durch den Testator zu treffen, oder ist es erforderlich, daß sie vor dieser Unterzeichnung, d. h. in dem Protokolle im engeren Sinne, geschieht, so daß sie auch zur Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung gelangt. Wir müssen uns auf den Standpunkt stellen, daß ihre Aufnahme in das Protokoll im engeren Sinne nicht notwendig ist, und zwar aus folgenden Gründen:

Zunächst liegt kein zwingender Grund vor, die Unterschrift des Testators auch auf diese Feststellung mit zu erstrecken. Dafür, daß die Feststellung zu Recht geschehen ist, den tatsächlichen Ver-

hältnissen entspricht, bürgen die zugezogenen Zeugen durch ihre Unterschrift. Auch der Gesetzestext zwingt nicht dazu, im Satz 2 des § 2242 BGB. das Wort Protokoll in dem Sinne des Satzes 1 zu nehmen. Im Satz 1 wird betont: „Das Protokoll", d. h. im Sinne des vorhergehenden Paragraphen, muß vorgelesen usw. werden. Im Satz 2 heißt es nur allgemein: Im Protokoll muß festgestellt werden usw. Man kann hier Protokoll im weitesten Sinne nehmen. Endlich ist auch nicht anzunehmen, daß das Gesetz so unlogisch ist, den Beamten zu einer Feststellung über einen Vorgang zu zwingen, der in dem Zeitpunkt der Feststellung noch gar nicht stattgefunden hat.

Die von Planck zur Entkräftung dieser Bedenken[1]) vorgebrachten Gründe, das Protokoll erhalte erst mit der Unterschrift der Urkundspersonen seine urkundliche Bedeutung, weshalb auch die Feststellung über die Genehmigung und Unterschriftsleistung seitens des Erblassers erst in diesem Zeitpunkt getroffen werde, kann nicht die Tatsache aus der Welt schaffen, daß die Feststellung doch gegenstandslos getroffen gewesen ist, mag auch ihre rechtliche Bedeutung erst mit der Endunterzeichnung durch die Urkundsperson eintreten. Auf die rein logische Betrachtung hat die rechtliche Wirkung der Unterschrift keinen Einfluß. Und daran wird auch nichts geändert, wenn der beurkundende Beamte die Feststellung dahin trifft, das Protokoll sei von dem Erblasser „wie folgt" unterschrieben worden. Die Feststellung ist doch im voraus getroffen. Die Konsequenz aus unserer Betrachtung ist also:

Die Feststellung kann auch nach der Unterschrift durch den Erblasser im Protokoll getroffen werden; es ist nicht notwendig, daß sie mit zur Vorlesung — Genehmigung — Unterzeichnung kommt. Es wäre demnach folgender Aufbau des Protokolls denkbar:

1. Protokoll im engeren Sinne (§ 2241 Nr. 1—3 BGB.);
2. Unterschrift des Erblassers;
3. Feststellung in Gemäßheit des § 2242 Satz 2 BGB. und noch andere Feststellungen;
4. Unterschriften der mitwirkenden Personen.

---

[1]) vgl. Planck, Komm. V S. 459.

Die Feststellung muß im Protokoll bezüglich der drei Formgebote des § 2242 Satz 1 BGB. getroffen sein; sie ist ein wesentlicher Bestandteil des Protokolls. Ist z. B. seitens des Gemeindebeamten die Vorlesung und Unterschrift festgestellt, aber die Genehmigung festzustellen übersehen worden, so muß das Testament, auch wenn diese Unterlassung aus Versehen geschehen ist, nichtig sein.[1] Es kann ferner nicht für ausreichend erachtet werden, wie das Reichsgericht mit Recht betont, daß sich die Beobachtung der Formgebote des § 2242 Satz 1 BGB. außerhalb des Aktes der Testamentserrichtung anderweitig ermitteln ließe, etwa durch den Nachweis in einem Prozesse, auch wenn der Richter seine Überzeugung auf Schlußfolgerungen aus dem Inhalte der Testamentsurkunde selbst stützen könnte.[2])

Welcher Worte sich der Beamte bei der Feststellung bedienen will, bleibt ihm überlassen. Sie müssen nur mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen die Vorlesung des Protokolls sowie dessen Genehmigung und eigenhändige Unterzeichnung durch den Erblasser. Es ist, um jedem Zweifel vorzubeugen, das Richtigste, sich bei der Formulierung an die Fassung des Gesetzes zu halten, aber es steht nichts im Wege, sich hierbei auch der von altersher gebräuchlichen Formel „vorgelesen, genehmigt, unterschrieben" zu bedienen. An und für sich könnte man die Anwendung dieser Formel, weil sie nicht erkennen läßt, was nun eigentlich vorgelesen worden ist, wer genehmigt hat, wer unterschrieben hat und ob eigenhändig unterschrieben worden ist, als zur Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse nicht hinreichend, beanstanden. Da aber diese Formel von jeher immer in demselben Sinne gebraucht worden ist, nämlich, daß das „vorgelesen" sich auf das vorstehende Protokoll, das „genehmigt" auf die Beteiligten und das „unterschrieben" auf die eigenhändige Unterschrift des Unterzeichnenden bezog, entspricht ohne Zweifel die Formel für die Feststellung der vom Gesetze geforderten Deutlichkeit. Dasselbe gilt von der abgekürzten Formel „v., g., u."; auch bei ihr hat sich gewohn-

[1]) vgl. Beschlüsse des KG. v. 23. 2. 1903 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 Nr. 16 S. 315.

[2]) vgl. RGE. in JurW. 1904 S. 208.

heitsrechtlich für die Auslegung eine feststehende Norm herausgebildet.[1])

Die Anwendung dieser Formel ist aber freilich nur auf den Fall zu beschränken, daß die Feststellung im Protokoll unmittelbar vor der Unterschrift des Erblassers getroffen ist; denn nur dann ist ihre Auslegung und Beziehung in dem obigen Sinne verbürgt. Denkt man sich jedoch den Fall — und das ist nach unseren Ausführungen zulässig —, daß die Feststellung erst nach der Unterzeichnung des Protokolls im engeren Sinne getroffen wird, so würde die Formel der vom Gesetz geforderten Deutlichkeit nicht mehr entsprechen. Es würden Zweifel darüber bestehen, ob die Feststellung sich nun auf die am Ende des ganzen Protokolls unterzeichnenden mitwirkenden Personen oder den Erblasser bezöge.

8. Endlich sei noch einer Ordnungsvorschrift des Gesetzes bezüglich des Protokolls gedacht. Das Protokoll soll dem Erblasser auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden.[2]) Das Gesetz nimmt darauf Rücksicht, daß nicht jedermann imstande ist, der Vorlesung dergestalt zu folgen, daß er sofort auch über Inhalt und Tragweite des Vorgelesenen sich klar wird. Das Testament ist aber gültig, wenn auch die Vorlegung wider den Willen des Erblassers unterbleibt. Ein Remedium gegen diese Härte besteht unter anderem in einer event. Genehmigungsverweigerung des Protokolls.

§ 6.

Das Testament der Minderjährigen oder solcher Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen.

Das Gesetz (§ 2238 Abs. 2 BGB.) sagt:

„Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten“. Die Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift ist also versagt:

---

[1]) vgl. den dahingehenden Beschluß des OLG. Dresden v. 23. 5. 1901 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 73.

[2]) vgl. Mot. V S. 273.

1. Dem Minderjährigen, dazu gehört selbstverständlich nicht der für volljährig Erklärte;

2. Personen, welche Geschriebenes nicht lesen können.

Die Motive sagen:

„Wer eine Schrift als Trägerin seines letzten Willens überreichen will, muß unzweifelhaft Kunde von dem Inhalte der Schrift zu haben wenigstens in der Lage sein".[1] Hieraus folgt, daß unter die ausgeschlossenen nicht nur solche Personen fallen, bei denen die Unfähigkeit, zu lesen, eine absolute ist; es werden selbstverständlich in gleicher Weise auch diejenigen betroffen, die im allgemeinen zwar lesen können, in concreto aber die in Frage stehende Schrift, weil sie etwa mit fremden Schriftzeichen, Stenographie geschrieben ist, nicht lesen können.

Das Wort „Geschriebenes" ist selbverständlich nicht buchstäblich zu nehmen, es fallen unter diese Kategorie natürlich auch alle Ersatzformen, wie Druck, Schreibmaschinenschrift usw. Es würde also unbedenklich derjenige sein Testament durch Übergabe einer Schrift machen können, welcher zwar unfähig ist, Geschriebenes im eigentlichen Sinne des Wortes zu lesen, dagegen die Typen der Schreibmaschine, mit denen die Schrift verfaßt ist, zu lesen vermag.

Personen, welche wegen Unfähigkeit, Geschriebenes zu lesen, von der Beschränkung des § 2238 Abs. 2 BGB. fast regelmäßig betroffen werden, sind die Blinden oder auch solche Personen, welche wegen vorübergehender Störung der Sehtätigkeit momentan nicht in der Lage sind, mit ihren Augen hinreichend deutliche Wahrnehmungen oder überhaupt welche zu machen. Jedoch auch der gänzlich Erblindete würde in dem Falle, daß er die Blindenschrift erlernt hätte und er bei der Testamentserrichtung eine mit diesen Schriftzeichen gefertigte Schrift überreichen würde, von der Beschränkung des § 2238 Abs. 2 BGB. befreit sein.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 277.

§ 7.

Das Testament der Stummen oder der sonst am Sprechen Verhinderten.

Wer nach der Überzeugung des Gemeindebeamten stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, kann das Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten. Die Voraussetzung dieser Beschränkung ist also in erster Linie Stummheit, d. h. der Zustand, welcher es verbietet, sich durch den Gebrauch der Sprechorgane verständlich zu machen; damit hat das Gesetz zugleich zur Norm erhoben, daß der Gebrauch von Zeichen, Gesten usw. zur Erklärung des letzten Willens nicht als ausreichend erachtet werden kann.

Ferner sind den Stummen gleichgestellt die am Sprechen durch Erkrankung der betr. Organe Verhinderten oder solche, denen aus anderen dringenden Gründen der Gebrauch der Sprechorgane verboten ist. Die Verhinderung kann eine zeitliche und dauernde sein. Um jedem Streit darüber, ob der Testator nun auch wirklich stumm oder am Sprechen verhindert war, vorzubeugen, zumal eine solche Feststellung für den Verfügenden mit Gefahr verbunden sein kann, hat der Gesetzgeber bestimmt, daß die Voraussetzungen zu der Vornahme dieser besonderen Form der Testamentserrichtung erfüllt sind, wenn sich der Beamte die Überzeugung verschafft hat, daß ein Gebrechen der bestimmten Art vorliegt.

Die bei der Errichtung des Testamentes zu beobachtenden Formen sind, soweit durch den § 2243 BGB. nicht etwas Besonderes angeordnet wird, dieselben wie bei der normalen Testamentserrichtung. Im besonderen ist folgendes zu beachten.

Der Erblasser muß die erforderliche Erklärung, daß die überreichte Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig niederschreiben, und zwar, da bei der Verhandlung in Gemäßheit des § 2239 BGB. sämtliche mitwirkenden Personen zugegen sein müssen, in deren Gegenwart. Er kann sie in formloser Weise sowohl in das Protokoll als auch auf ein besonderes

Blatt schreiben, das dann dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß. Die niedergeschriebene Erklärung des Erblassers ist natürlich ein wesentlicher Bestandteil des Protokolls im engeren Sinne und hat als solcher mit zur Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung zu kommen. Auch wenn sie auf ein besonderes Blatt aufgenommen ist, verliert sie diesen Charakter nicht. Das Blatt gilt mit dem Protokolle im engeren Sinne trotz der äußerlichen Verbindung als ein Ganzes. Aus diesem Grunde bezieht sich auch die Vorschrift des § 2242 Satz 1 BGB. naturgemäß auf die in der Anlage beigefügte Erklärung. Der Umstand jedoch, daß die Anlage mit dem Protokoll als ein Ganzes zu betrachten ist, macht eine besondere Unterzeichnung der Anlage entbehrlich. Die Unterschrift unter dem Protokoll ist zugleich auf die Anlage zu beziehen.

In das Protokoll im weiteren Sinne ist ferner noch aufzunehmen die Feststellung,

1. daß der Erblasser die Erklärung eigenhändig niedergeschrieben hat, und

2. daß der Beamte die Überzeugung erlangt hat, daß der Testator am Sprechen verhindert oder stumm ist.

Die Genehmigung des Protokolls seitens der Verfügenden ist nicht erforderlich. Der Gesetzgeber hat sie für entbehrlich gehalten, da diese wiederum schriftlich erklärt werden müßte, andererseits aber auch die Unterzeichnung der von dem Verfügenden niedergeschriebenen Haupterklärung seitens desselben über seine Genehmigung [1]) keinen Zweifel läßt. Nicht notwendig ist endlich auch, wie das im 1. Entw. gedacht war, daß die Anlage im Protokoll als solche besonders bezeichnet wird, jedoch wird sich mit Rücksicht auf das Gesetz, welches eine Feststellung der eigenhändigen Niederschrift fordert, eine Bezugnahme im Protokoll auf die etwa beigefügte Anlage nicht umgehen lassen.

Die in § 2243 BGB. bezeichneten Personen sind nach den Vorschriften über die Testamentserrichtung überhaupt unfähig, ein Testament zu errichten, wenn sie minderjährig sind oder Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, in welchen Fällen die Er-

---

[1]) vgl. Mot. V S. 277.

richtung nur durch mündliche Erklärung erfolgen kann, ferner wenn sie blind sind und als solche denjenigen gleichstehen, die Geschriebenes nicht lesen können.

§ 8.

Das Testament solcher Personen, bei denen mehrere Gebrechen oder Mängel zusammentreffen.

Das Gesetz hat für solche Fälle keine Vorschriften gegeben; es kann es nicht als seine Aufgabe betrachten,[1]) die aus den einschlagenden verschiedenen Vorschriften sich ergebenden Folgerungen zu ziehen. Trotzdem möchten wir es hier nicht unterlassen, für zwei im täglichen Leben besonders interessierende Fälle, in denen verschiedene Mängel bezw. Gebrechen zusammentreffen, die aus den einschließlichen Gesetzesvorschriften sich ergebenden Konsequenzen zu ziehen.

Zunächst interessieren die Tauben. Nach den Motiven steht der Testierfähigkeit der Tauben nichts im Wege. Immerhin ist dieser allgemeine Grundsatz cum grano salis zu verstehen. Die Sachlage ist klar, wenn der Taube Geschriebenes lesen kann. Da eine Verständigung mit ihm, wenn er Worte nicht vom Munde abzulesen versteht, auf schriftlichem Wege ohne Schwierigkeiten möglich ist, andererseits er auch in der Lage ist, das Testament durch Übergabe einer Schrift zu errichten, steht soweit der Testamentserrichtung nichts entgegen. Schwierigkeiten jedoch entstehen, wenn die Fähigkeit, Geschriebenes zu lesen, bei dem tauben Erblasser nicht vorhanden und er gezwungen ist, sein Testament durch bloße Erklärung seines letzten Willens zu errichten. Die Erklärung erfolgt bekanntlich nicht in formgerechter, klarer, zum Niederschreiben fertiger Weise, vielmehr muß in der Regel der letzte Wille durch Frage und Antwort, Rede und Gegenrede zwischen dem Beamten und Erblasser mühsam erforscht werden. Die Voraussetzung einer solchen Erforschung ist natürlich, daß sich der Beamte verständlich machen kann; welcher Mittel er sich dabei bedienen will, bleibt

---

[1]) vgl. Mot. V S. 278.

ihm überlassen. Kommt er aber zu der Überzeugung, daß es trotz aller Mühe nicht möglich ist, so weit eine Verständigung zu erzielen, daß man die Gewißheit von der richtigen Willenserkenntnis des Erblassers gewinnt, wird er die Unfähigkeit des tauben Testators, ein Testament zu errichten, konstatieren müssen. Um eine solche Eventualität möglichst zu vermeiden, hat das preußische Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 41) sogar für den Fall, daß der taube Erblasser Geschriebenes nicht lesen kann, also eine Verständigung weder in schriftlicher Weise noch durch den Gebrauch der Sprache möglich ist, vielmehr dazu eine spezielle Fertigkeit erforderlich ist, die Ordnungsvorschrift gegeben, eine mit den nötigen Fähigkeiten ausgestattete Vertrauensperson zuzuziehen. Freilich scheitert auch hier die Errichtung an der Überzeugung des Beamten, daß trotz der Vertrauensperson keine hinreichende Verständigung erzielt wird.

Fraglich ist es, ob die Testamentserrichtung aber nicht schon deshalb unmöglich wird, weil der taube Testator die Vorlesung des Protokolls nicht hören kann. Das Gesetz fordert anscheinend (vgl. § 2242 Satz 1 BGB.), daß die Genehmigung des Protokolls seitens des Testators auf Grund der Vorlesung erfolgen soll. Dies hätte aber nur einen Sinn, wenn der Erblasser diese Vorlesung vermöge seines Gehörs mit solchem Verständnis vernehmen könnte, daß ihm die Prüfung darüber möglich wäre, ob sein wirklicher Wille mit dem Niedergeschriebenen übereinstimmt. Das Gesetz gibt aber andererseits auch die Ordnungsvorschrift, daß dem Erblasser das Protokoll zur Einsicht vorgelegt werden soll, wenn er es verlangt; dies würde der Fall sein, wenn der Testator der Vorlesung mit Verständnis nur teilweise oder überhaupt nicht zu folgen imstande war. Durch diese Anordnung wird aber das Prinzip der Genehmigung auf Grund der Vorlesung durchbrochen zugunsten des Prinzips der Genehmigung auf Grund der Einsichtnahme in die Urkunde. Da aber ferner das Gesetz keine Nichtigkeit des Testamentes eintreten läßt, wenn die Vorschrift auf Vorlegung des Protokolls zur Einsichtnahme nicht befolgt wird, es also dadurch gestattet, daß das Protokoll von dem Erblasser auch genehmigt wird, ohne daß er sich selbst, sei es bei der Vorlesung, sei es bei der Einsichtnahme des Protokolls, von der

Richtigkeit des Inhaltes überzeugt hat, erkennt es auch an, daß die Vorlesung des Protokolls dem Erblasser gegenüber nicht mit der Wirkung erfolgen muß, daß dieser imstande ist, seine Genehmigung von der Endprüfung des Protokollinhaltes auf Übereinstimmung mit dem erklärten letzten Willen abhängig zu machen.

Die eigentliche Bedeutung hat die Vorlesung somit nur den mitwirkenden Personen gegenüber, und die Genehmigung des Testators beruht nur mehr oder weniger auf dem Vertrauen, das er diesen Personen bezüglich der Beurkundung seines erklärten Willens entgegenbringt. Auf Grund dieser Tatsache kann die Vorlesung des Protokolls, ohne daß der Testator etwas davon hört und aus der Urkunde etwas ersieht, für die Gültigkeit des Testamentes keine nachteiligen Folgen haben. Dieses Resultat entspricht auch dem Sinne der Motive,[1]) welche es als „nicht ersichtlich bezeichnen, daß einer tauben Person, wenn sie im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des verhandelnden Beamten oder auf die Versicherung einer ihr sonst vertrauenswürdig erscheinenden Person hin, daß das Niedergeschriebene ihren Willen wiedergebe, die Möglichkeit entzogen werden soll, eine letztwillige Verfügung zu errichten".

Es ist ferner des Taubstummen zu gedenken. Der Testierfähigkeit desselben steht zweifellos nichts im Wege, wenn er zu schreiben gelernt hat; er kann dann das Testament in der Form des Stummen nach § 2243 BGB. errichten. Seine Chancen wachsen, wenn er eine derartige Ausbildung genossen hat, daß ihm die Sprache, soweit sie zur Erklärung des letzten Willens notwendig ist, zur Verfügung steht und er andererseits auch den Beamten durch Ablesung der Worte vom Munde verstehen kann. Er testiert dann wie jeder andere gebrechenlose Mensch; der einzige Unterschied zwischen ihnen besteht nur darin, daß er seine sämtlichen Wahrnehmungen nicht vermöge des Gehöres, sondern mittels der Augen macht. Nur ein Taubstummer, welcher weder schreiben noch sprechen kann, ist unfähig, ein Testament zu errichten; ebenso derjenige, welcher zwar schreiben, aber nicht sprechen kann und minderjährig ist.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 276.

§ 9.

Das Vortestament in dem Falle, daß in einer der beteiligten Personen Unkenntnis der deutschen Sprache vorliegt.

a) Das Testament des der deutschen Sprache nicht mächtigen Erblassers. Der Gesetzestext (§ 2244 BGB.) sagt:

„Erklärt der Erblasser, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so muß bei der Errichtung des Testaments ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden." Die Voraussetzung für diese Testamentsform ist also die Erklärung des Erblassers, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese Erklärung der Wahrheit entspricht oder nicht. Die Motive sagen auch in diesem Sinne, es sei weder geboten, etwas weiteres als die Erklärung des Verfügenden, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, zu fordern, noch ließe sich die Aufstellung einer anderen Voraussetzung durchführen. Man wird also auch einem die deutsche Sprache beherrschenden Polen, dessen innerer Beweggrund zu dieser Erklärung reiner Oppositionsgeist gegen deutsche Behörden ist, den Dolmetscher nicht vorenthalten können. Ein kleines Remedium gegen zu großen Mißbrauch liegt in den nicht unweseritlich höheren Kosten (vgl. § 55 des preuß. GKG.). Immerhin werden wir den Beamten in solchen Fällen, wo es notorisch ist, daß der betr. Erblasser der deutschen Sprache mächtig ist und er nur schikanös handelt — es testiert etwa ein bekannter Redner der polnischen Reichstagsfraktion oder ein routinierter Verteidiger —, die Berechtigung zuerkennen müssen, auf Erklärung des Erblassers in deutscher Sprache zu bestehen oder die Verhandlung abzulehnen. Unzweifelhaft gilt auch für § 2244 BGB. als Obersatz der § 186 GVG., nach dem die Gerichtssprache die deutsche ist. Es soll also grundsätzlich nur, wenn diese Vorschrift mit Rücksicht auf einen bloß einer fremden Sprache mächtigen Testator nicht durchführbar ist, der Modus des § 2244

BGB. bei der Testamentserrichtung Anwendung finden. Das Gesetz hat aber, um dem Beamten schwierige, oft nicht durchführbare Ermittlungen zu ersparen und um Streitigkeiten vorzubeugen, es dabei bewenden lassen, daß der Beamte die Voraussetzung als gegeben annehmen muß, wenn der Erblasser eine dahingehende Erklärung abgibt und dem Beamten der wahre Sachverhalt nicht bekannt ist. Es folgt keineswegs aus dieser gesetzlichen Bestimmung, daß der Beamte auch dann, wenn ihm seitens des Erblassers die quästionierte deutsche Sprachkenntnis offenkundig ist, durch die schikanöse Erklärung des renitenten Testators zur Vornahme der Testamentserrichtung in Gemäßheit des § 2244 BGB. gezwungen ist. Das Gesetz würde, stände es auf einem anderen Standpunkte, den Beamten zwingen, eine fremde Sprache in der Gerichtsverhandlung zu dulden, ohne daß eine Veranlassung dazu vorläge, und ohne daß auch nur der Schein des § 186 GVG. dadurch gewahrt wäre, daß der Beamte auf eine unkontrollierbare Erklärung des Testators, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, den Akt der Testamentserrichtung in der Form des § 2244 BGB. vornähme. Eine solche Eventualität würde auf das schroffste gegen den § 186 GVG. verstoßen, diese Absicht wird man aber in der Bestimmung des § 2244 BGB. nicht suchen dürfen.

Für die Erklärung des Erblassers muß jede Form als ausreichend gelten, die erkennen läßt, daß der Testator der deutschen Sprache nicht mächtig ist; es folgt insbesondere aus der Natur der Sache, daß die Erklärung nicht mit Worten geschehen muß, es genügen Zeichen und Gebärden.

Bezüglich des zuzuziehenden Dolmetschers gelten dieselben Ausschließungsgründe wie für die Zeugen (vgl. oben).

Der Dolmetscher muß ein vereideter sein. Ein Verzicht auf die Beeidigung analog § 179 FGG. ist nicht statthaft. Das Gesetz läßt es unentschieden, wer die Beeidigung zu vollziehen hat.[1]) Nach den Motiven wird aber die Zuziehung eines gerichtlich vereidigten Dolmetschers nicht verlangt, weil kein ausreichender Grund vorläge, den Landesgesetzen entgegenzutreten, soweit

---

[1]) vgl. Mot. V S. 278.

dieselben die Zuziehung von Dolmetschern zuließen, welche von den Verwaltungsbehörden bestellt oder eidlich in Pflicht genommen seien, oder soweit dieselben den Notaren die Befugnis einräumten, im Falle des Bedürfnisses Personen als Dolmetscher zu vereidigen. Also die Regelung des Dolmetscherwesens erfolgt durch Landesgesetze.

Für das preußische Dorftestament ist der Art. 80 Abs. 3 preuß. AG. z. BGB. von Bedeutung. Er ordnet an, daß im Falle der Zuziehung eines Dolmetschers die Beeidigung desselben durch die Person, vor welcher die Errichtung des Testamentes stattfindet, erfolgen kann. Dieser Passus ist auf Antrag der Kommission in das Gesetz aufgenommen und damit begründet worden, daß die mit der Aufnahme des Testamentes betrauten Personen selten in der Lage sein würden, sofort einen bereits beeidigten Dolmetscher zuzuziehen. Ist der Gemeindebeamte aber in der Lage, einen bereits allgemein vereidigten Dolmetscher zuzuziehen, so muß er zuvor genau prüfen, ob dessen allgemeine Beeidigung auch eine derartige ist, daß die in Frage stehende Dolmetschertätigkeit durch den Eid gedeckt wird.

Es ist nicht zulässig, daß eine der mitwirkenden Personen zugleich als Dolmetscher fungiert. Hierfür sprechen einmal die Motive,[1]) wenn sie sagen, der Dolmetscher sei das Organ, durch welches der Verfügende zu den übrigen mitwirkenden Personen rede und so eine Gegenüberstellung zwischen dem Dolmetscher und Erblasser einerseits und den mitwirkenden Personen andererseits vornehmen. Aber auch im Gesetzestext ist kein Anhalt gegeben, einer dieser Personen zugleich die Rolle des Dolmetschers zuzuweisen. § 2249 BGB. ordnet an, daß der Gemeindevorsteher zwei Zeugen zuziehen muß, § 2244 Satz 1 BGB. macht ihm weiter zur Pflicht, unter den gegebenen Umständen einen Dolmetscher zuzuziehen. In diesem Zusammenhang kann unter Zuziehung eines Dolmetschers nur eine weitere Person gemeint sein. Das Gesetz müßte zum mindesten, ließe es eine Vereinigung der verschiedenartigen Funktionen in ein und derselben mitwirkenden Person zu, dies besonders erwähnt haben.

---

[1]) vgl. Mot. V S. 278.

Für das Protokoll gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 2240, 2241, 2242 und 2249 Abs. 2 BGB. Im besonderen ist hervorzuheben:

Das Protokoll muß in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, übersetzt werden, da das eigentliche Protokoll nach § 2240. BGB. stets in deutscher Sprache aufgenommen wird. Die Übersetzung ist aber wesentliches Erfordernis nur insoweit, als das Protokoll in dem beschränkten Sinne von § 2242 Satz 1 BGB. in Betracht kommt; sie hat einerseits den Zweck, für den Dolmetscher durch ihre Vorlesung als Kontrolle dafür zu dienen, daß er die Erklärungen des Testators treu und gewissenhaft übertragen hat, so daß auch das deutsche Protokoll dem letzten Willen des Erblassers entspricht, andererseits wird der Testator durch das Mittel der Übersetzung in die Lage versetzt, das in deutscher Sprache aufgenommene Protokoll zu genehmigen. Diese Genehmigung bezieht sich nach unseren obigen Ausführungen nur auf das Protokoll in dem Umfange des § 2241 Nr. 1—3 BGB., deshalb ist auch die diesem Zwecke dienende Übersetzung nur in diesem Umfange erforderlich und Protokoll im § 2244 Abs. 2 Satz 1 BGB. in dem gleichen Sinne wie oben im § 2242 Satz 1 zu nehmen. Die Übersetzung hat dem Protokoll gegenüber ihrem Wesen entsprechend nur sekundäre Bedeutung. Immerhin wird sie eine nicht unwesentliche Rolle bei der Interpretation des Protokolls, soweit durch sprachliche Inkorrektheiten Unklarheiten vorhanden sind, spielen müssen. Ergeben sich aber zwischen Protokoll und Übersetzung offene Widersprüche, so kann nur der Protokollinhalt als maßgebend betrachtet werden. Der Umstand, daß die Übersetzung verlesen worden ist und somit einer Prüfung des Erblassers unterlegen hat, kann nicht ausreichend sein, um ihr das Übergewicht gegenüber dem eigentlichen Protokollinhalt einzuräumen; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser der Vorlesung gar nicht oder nur zum Teil zu folgen vermochte. Darum ist es immer noch wahrscheinlicher, daß das durch Frage und Antwort, Rede und Gegenrede zustande gekommene Protokoll den wirklichen Willen des Erblassers korrekter wiedergibt als die Übersetzung. Es ist nicht erforderlich, daß der Dolmetscher die Übersetzung selbst anfertigt. Um eine etwa vorhandene ge-

wandtere Kraft für die unter Umständen schwierige Aufgabe der Übersetzung nutzbar zu machen, hat der Gesetzgeber es gestattet, daß die von dem Dolmetscher vorgenommene Beglaubigung einer von anderer Hand stammenden Übersetzung seine eigene Übersetzertätigkeit entbehrlich macht.

Die Übersetzung muß ferner von dem Dolmetscher vorgelesen werden, aber nicht zum Zwecke der Genehmigung und Unterschrift derselben; denn diese Schlußformalitäten erstrecken sich nach § 2242 Satz 1 BGB. nur auf das Protokoll.

Endlich muß die Übersetzung dem Protokoll als Anlage beigefügt werden. Es liegen nach dem Gesetzestext, wenn auch die Prot. S. 341 auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen, keine zwingenden Gründe zu der Annahme vor, daß die Beifügung als Anlage zu einer mechanischen Verbindung mit dem Protokolle führen müsse. Es genügt, wenn sich die Übersetzung überhaupt bei dem Protokoll befindet. Die Annahme von Planck S. 464 Nr. 5, daß bei einem entgegengesetzten Standpunkte der § 2246 BGB. etwas Überflüssiges bestimme, indem er vorschreibe, daß das Protokoll nebst Anlagen einzusiegeln sei, kann gegen unseren Standpunkt nichts beweisen. Selbst bei einer mechanischen Verbindung werden die Anlagen nicht Bestandteil des Protokolls, sondern bleiben Anlagen. Wenn also § 2246 BGB. die Versieglung des Protokolls anordnet, so müssen, wenn auch die mechanisch verbundenen Anlagen mit getroffen werden sollen, diese besonders genannt werden.

Nicht erforderlich ist es, daß die Übersetzung im Protokoll als Anlage besonders bezeichnet wird. Man hat mit Rücksicht darauf, daß von der Niederschrift der Übersetzung in dem Protokolle doch notwendig gesprochen werde (vgl. § 2244 BGB.), die Schaffung einer solchen Vorschrift für übertriebenen Formalismus gehalten.

Hinsichtlich des besonderen Protokollinhaltes ist folgendes hervorzuheben:

Das Protokoll muß die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, enthalten, also keine subjektive Feststellung durch den Beamten über diesen Mangel.

In das Protokoll ist der Name des Dolmetschers sowie die

Feststellung aufzunehmen, daß er die Übersetzung angefertigt bezw. beglaubigt und sie vorgelesen hat.

Endlich muß auch das Protokoll von dem Dolmetscher unterschrieben werden.

Während bei Unkenntnis des Deutschen die Zuziehung des Dolmetschers der Regelfall ist, kann sie jedoch unterbleiben, wenn sämtliche Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig sind. Voraussetzung ist die Versicherung der mitwirkenden Personen, auf eine objektive Richtigkeit dieser Angaben kommt es nicht an. Es werden damit mißliche Streitigkeiten darüber vermieden, ob die Versicherung der Wahrheit entspricht. Natürlich gehört es zu der Amtspflicht des betreffenden Gemeindebeamten, sich zu überzeugen, ob diese Versicherung auch einigermaßen glaubhaft ist. Liegt es auf der Hand, daß diese Angaben fälschlich gemacht sind, wird er auf die Zuziehung eines Dolmetschers bestehen müssen. Von den mitwirkenden Personen ist nicht zu verlangen, daß sie die fremde Sprache sämtlich in gleicher Weise beherrschen. Aus ihrem Wirkungskreise bei der Errichtung folgt, daß bei den Zeugen eine mündliche Beherrschung der Sprache genügt, während es natürlich für den Beamten, welcher die Verantwortung bezüglich des Protokolls trägt, sowie für einen etwa zugezogenen Protokollführer erforderlich ist, daß sie die betreffende Sprache auch lesen und schreiben können.

Aber selbst wenn die Voraussetzungen zu diesem Ausnahmefall gegeben sind, bleibt es immerhin dem Gemeindebeamten überlassen, ob er nach diesem oder dem Modus des § 2244 BGB. das Testament aufnehmen will. Beide Modalitäten stehen wahlweise nebeneinander. Höchstens aus Opportunitätsgründen resultiert für den Beamten eine Pflicht, beim Vorhandensein der Voraussetzung des § 2245 BGB. nach dessen Modus zu verhandeln. Es sind dies dieselben Gründe, welche auch die 2. Kommission zu dem Beschluß führten, die Aufnahme des Protokolls in der fremden Sprache als zwingende Vorschrift zu fordern, nämlich, daß bei einer Niederschrift des Protokolls in der Sprache des Erblassers größere Garantien gegeben seien für eine richtige Beurkundung des letzten Willens als durch eine über-

setzung der letztwilligen Erklärung. Im § 2245 BGB. sind die in den Motiven und vor allem im 1. Entw. vorhandenen nationalpolitischen Rücksichten ausgemerzt zugunsten bloßer Geschäftsrücksichten, indem hier die Bestimmung der Aufnahme des Protokolls sowohl in der fremden wie in der deutschen Sprache fallen gelassen worden ist. Dem Beamten wird es möglich sein, da, wo es nötig ist, den nationalen Standpunkt zu betonen, indem er die geschäftlichen Rücksichten, welche die Anwendung des § 2245 BGB. bedingen, fallen läßt und nach § 2244 BGB. verhandelt, der den deutschen Charakter der Verhandlung besser erkennen läßt.

Bezüglich des Protokolls ist bei dem Verfahren nach § 2245 BGB. zu merken:

Das Protokoll muß in der fremden Sprache aufgenommen werden, es muß die Erklärung des Erblassers enthalten, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, ferner die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig sind. Endlich ist noch einer bloßen Ordnungsvorschrift zu gedenken, nach welcher dem Protokoll als Anlage eine deutsche Übersetzung desselben beizufügen ist. Sie bezieht sich auf das ganze Protokoll und kann von irgend einer Person gefertigt werden. Eine formelle Behandlung der Übersetzung ist nicht vorgeschrieben, insbesondere braucht sie nicht beglaubigt, vorgelesen oder gar im Protokoll erwähnt zu werden. Gleichgültig ist auch im Prinzip der Zeitpunkt der Abfassung der Übersetzung; eine zeitliche Schranke wird durch § 2246 BGB. gezogen, welcher die Versieglung der Übersetzung gleichzeitig mit dem Protokoll fordert.

b) Eine der mitwirkenden Personen ist der deutschen Sprache nicht mächtig.

Es kommt zunächst der Gemeindebeamte in Frage. Man hat hierbei an zwei spezielle Fälle zu denken.

1. Das Testament wird in deutscher Sprache unter Zuziehung einer weiteren Person errichtet;

2. dasselbe wird von dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Gemeindevorsteher in der fremden Sprache gemäß §§ 2245 BGB. errichtet.[1]) Das Gesetz gibt für diese Fälle keine

---

[1]) vgl. den Beschluß des KG. v. 7. 10. 1901 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 377.

speziellen Vorschriften. Ist ein derartig zustande gekommenes Testament gültig?

Die Entscheidung in beiden Fällen hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Gemeindevorsteher überhaupt in der Lage ist, ein Testament aufzunehmen. Wir müssen dies verneinen. Nach § 186 GVG. ist die Gerichtssprache die deutsche. Eine Folge dieser Bestimmung ist, daß Richter und Notar, die im Dienste des Rechtes stehen, die deutsche Sprache beherrschen müssen. Da ferner § 2249 Abs. 1 BGB. den Gemeindevorsteher an die Stelle des Richters oder Notars setzt, muß auch bei ihm diese Qualifikation gefordert werden.

Als Ausfluß des § 186 GVG. ist im § 2240 BGB. bestimmt, daß über die Errichtung ein Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen werden muß. Der Gesetzgeber läßt zwar, wenn in der Person des Testators Unkenntnis der deutschen Sprache vorliegt, als Ausnahme von § 186 GVG. einen Dolmetscher bezw. den Modus des § 2245 BGB. zu, aber zu diesem Schritt war er gezwungen, weil sonst der Erblasser, der sich deutsch erklären müßte, absolut verhindert wäre, überhaupt ein öffentliches Testament zu errichten, und das käme einer rechtlichen Benachteiligung dieser Klasse gegenüber deutschredenden Erblassern gleich. Die absolute Unmöglichkeit, zu testieren, ist aber nicht gegeben bei Unkenntnis des Deutschen seitens des Gemeindevorstehers, da es ja nach Art. 80 preuß. AG. z. BGB. gestattet ist, daß der preußische Justizminister an Stelle des Vorstehers eine andere Person bestellt. Es kann also jederzeit durch Bestellung einer deutschredenden Persönlichkeit eine etwa vorliegende relative Unmöglichkeit gehoben werden. Der Gesetzgeber kann aber diese Ausnahme von § 186 GVG. nicht schon eintreten lassen mit Rücksicht auf einen einzelnen Fall, wo der zuständige Gemeindebeamte wegen Unkenntnis der deutschen Sprache nicht qualifiziert war, es aber wohl hätte sein können. Zum mindesten müßte eine solche Möglichkeit im Gesetze besonders hervorgehoben sein. Die Folge dieser Deduktion ist, daß ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Gemeindevorsteher von der Testamentsaufnahme ausgeschlossen ist; es wird daran auch nichts geändert, wenn er eine

Persönlichkeit zuzieht, die ihm die Worte des Testators verdolmetscht und ebenso nach den Angaben des Gemeindevorstehers das deutsche Protokoll verfertigt. Völlig ausgeschlossen, selbst wenn man die Zuziehung eines Dolmetschers für berechtigt halten wollte, ist natürlich ein Verfahren, wie in dem vom Kammergericht entschiedenen praktischen Falle, wo ein Lehrer als Protokollführer und Dolmetscher zugezogen wurde und dieser sowohl wie der Gemeindevorsteher ihre Fragen in polnischer Sprache an den Testator richteten und dieser sie polnisch beantwortete, der Lehrer aber auch, ohne daß seine Beeidigung stattgefunden hatte, das Protokoll selbständig deutsch verfertigte, zum Zwecke der Genehmigung und Unterschrift durch den Testator zuerst deutsch verlas und dann dem Testator polnisch verdolmetschte. Ein derartig errichtetes Testament ist von dem zuständigen Gemeindebeamten überhaupt nicht, vielmehr vom Lehrer aufgenommen worden, welcher die deutsche Sprache verstand und das in dieser Sprache von ihm selbständig verfaßte Protokoll dem Testator sowohl wie dem Gemeindevorsteher verdolmetschte. Nach dem Gesetze aber liegt die Aufnahme des Protokolls in den Händen des Gemeindebeamten. Es ließe sich in dem vorliegenden Falle, wo sämtliche Beteiligten der polnischen Sprache mächtig waren, vielleicht annehmen, das Testament ließe sich trotz der Unkenntnis der deutschen Sprache seitens des Gemeindebeamten in der polnischen Sprache in Gemäßheit des § 2245 BGB. errichten, wo ja die Kenntnis der deutschen Sprache an und für sich gleichgültig wäre. Auch dies ist zu verneinen. Die Voraussetzung dieses Modus ist der Tatbestand des § 2244 BGB. Das Gesetz hat nur aus Geschäftsrücksichten, um eine größere Exaktheit in der Beurkundung des letzten Willens zu erzielen, da nun einmal der § 2244 BGB. die Ausnahme von § 186 GVG. machen mußte, die Form des § 2245 BGB. gestattet. Letztere kann aber nicht für sich allein bestehen, wie es der Fall sein würde, wollte man sie im vorliegenden Falle zur Anwendung bringen.

Was von dem Gemeindevorsteher gilt, ist auch bezüglich der Zeugen als Folge des § 186 GVG. anzunehmen. Beherrschen sie die deutsche Sprache nicht, so sind sie eben nicht testes idonei, ein Dolmetscher kann ihnen nicht beigegeben werden. Im Rechts-

gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehen auch keine Schwierigkeiten, der deutschen Sprache mächtige Zeugen zu finden, ein unüberwindlicher Zwang, welcher analog den §§ 2244, 2245 eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 186 GVG. rechtfertigen könnte, liegt also nicht vor.

Fraglich ist es, ob ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Zeuge oder Gemeindevorsteher mitwirken darf, wenn die Testamentserrichtung in der Form des § 2245 BGB. erfolgt, d. h. also in dem Fall, daß der Testator die deutsche Sprache nicht beherrscht, wobei an und für sich die Kenntnis der deutschen Sprache gleichgültig wäre. Es würde nicht im Sinne des Gesetzes liegender Formalismus sein, in einem solchen Falle die Gültigkeit des Testaments daran scheitern zu lassen, daß gleichzeitig eine der mitwirkenden Personen der deutschen Sprache nicht mächtig war. Denn hier ist in der Zulassung dieser Personen bei der Testamentserrichtung kein ungesetzlicher Verstoß gegen den § 186 GVG. zu erblicken, da die Notwendigkeit des Modus von § 2245 BGB., der Ausnahme von § 186 GVG., nicht in einer der mitwirkenden Personen, sondern allein in dem Erblasser begründet ist, was aber gesetzlich statthaft ist. Die an sich vorhandene Nichtqualifikation der mitwirkenden Personen ist hier verdeckt, noch nicht zur rechtlichen Wirkung gekommen.

§ 10.

Wie ist mit dem fertigen Testament zu verfahren?

Die einschlägigen Bestimmungen sind in § 2246 BGB. enthalten. Es sind alles nur Ordnungsvorschriften, die auf die Gültigkeit des Testaments keinen Einfluß mehr ausüben können. Im besonderen ist zu beachten.

Der Gemeindebeamte soll das Protokoll nebst Anlagen — Übersetzung des Protokolls in die fremde bezw. deutsche Sprache, der eigenhändigen Niederschrift, der Erklärung des Stummen — insbesondere im Falle der Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift nebst dieser Schrift in Gegenwart der übrigen mit-

wirkenden Personen und des Erblassers mit dem Amtssiegel verschließen. Es bleibt ihm überlassen, ob er die Verschließung mittels besonderen Couverts vornehmen oder, wenn es die äußere Beschaffenheit des Protokolls gestattet, dieses derartig zusammenfalten will, daß die beschriebenen Seiten nebst Anlagen nach innen, die unbeschriebenen nach außen zu liegen kommen. Die Verschlußstellen sind durch sein Amtssiegel besonders zu sichern. Aus dieser Bestimmung des Amtssiegels folgt, daß nicht die sogen. Trockenstempel, Farbensiegel, Siegelmarken als Siegel im Sinne des Gesetzes aufzufassen sind, vielmehr muß durch einen besonderen mit der Urkunde zu verbindenden weichen Stoff, in den das Amtssiegel eingedrückt ist, die Sicherung vorgenommen werden; denn nur ein solches Siegel, das bei einer Öffnung der Urkunde der Vernichtung preisgegeben ist, kann als wirkliche Sicherung gelten. Auch im Gesetz der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dessen Grundsätze auch für das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend sind, wird (vgl. die §§ 183, 184) unterschieden zwischen Stempel und Siegel; der eine Begriff schließt den anderen aus. Unter Stempel ist nur ein Ab- oder Eindruck der betreffenden Type auf dem unterliegenden Papier zu verstehen, dagegen ist mit Siegel das dem obigen Begriff entsprechende Lack- bezw. Oblatensiegel gemeint. Eine Mittelstellung nimmt die sogen. Siegelmarke ein.[1])

Die Zahl der Siegel ist im Gesetz nicht bestimmt; es steht kein Hinderungsgrund entgegen, dem Erblasser auf sein Verlangen zu gestatten, sein Privatsiegel dem amtlichen beizufügen.

Der Gemeindebeamte soll das Testament in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und des Erblassers mit einer das Testament näher bezeichnenden Aufschrift versehen und diese unterschreiben. Die nähere Bezeichnung wird den Namen des Erblassers und den Ort und das Datum der Errichtung des Testamentes enthalten müssen. Wer die Aufschrift fertigt, ist gleichgültig, es genügt, daß der Beamte sie unterschrieben hat.

Endlich soll der Gemeindevorsteher das Testament in besondere amtliche Verwahrung bringen. Die besondere amtliche Ver-

---

[1]) vgl. Beschluß d. KG. v. 21. 4. 1902 in Johow Bd. 24 S. 88ff., der sich mit unseren Ausführungen deckt.

wahrung ist ein an strengere Förmlichkeiten geknüpftes Aufbewahrungsverfahren; sie ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt, vielmehr den Landesgesetzen zur Regelung überlassen. Diese haben die besondere amtliche Verwahrung teils den Amtsgerichten, teils den Notaren, teils wahlweise beiden zugewiesen. Für Preußen ist der Art. 81 AG. z. BGB. maßgebend. Hiernach erfolgt die besondere amtliche Verwahrung bei den Amtsgerichten, und zwar ist das Amtsgericht zuständig, zu dessen Bezirk die Gemeinde oder der Gutsbezirk gehört. Der Erblasser kann jedoch jederzeit auch die Verwahrung bei einem anderen Gerichte verlangen. Der Gemeindebeamte hat also das fertige Testament, selbst wenn es der Testator fordern sollte, diesem keineswegs einzuhändigen, sondern unverzüglich in die besondere amtliche Verwahrung zu bringen, wobei es ihm grundsätzlich überlassen bleibt, ob er die Überreichung des Testamentes an das zuständige oder vom Erblasser bestimmte Amtsgericht persönlich, durch die Post oder auf eine andere sichere Weise vollziehen will. Nach der preußischen Anweisung vom 15. 3. 1904 § 22 soll er das Testament persönlich oder durch die Post als Einschreibesendung in die Verwahrung bringen.

Dem Erblasser soll über das in amtliche Verwahrung genommene Testament ein Hinterlegungsschein erteilt werden. Die Form desselben bestimmt sich ebenfalls nach Landesgesetzen.[1])

§ 11.

Die zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit eines Dorftestamentes.

Dem Zwecke des Dorftestaments entsprechend, nur im Notfalle Anwendung zu finden, liegt keine Veranlassung mehr vor, das Testament noch aufrechtzuerhalten, wenn sich diese Notlage dadurch als trügerisch erwiesen hat, daß der Erblasser längere Zeit nach der Errichtung noch lebte, ohne daß zur Vornahme der ordentlichen Testamentserrichtung vor Richter oder Notar ernstliche Hinderungsgründe vorlagen. Das Gesetz (§ 2252) hat diesem Um-

[1]) Bezüglich Preußens vgl. Geschäftsordn. f. d. Gerichtsschreiberei § 47 Nr. 11.

stande Rechnung getragen und somit auch die Wirkungen einer mißbräuchlichen Anwendung der außerordentlichen Testamentsform abgeschwächt.

Das Gesetz bestimmt im § 2252 Abs. 1, daß das Dorftestament als nicht errichtet gilt, wenn seit der Errichtung 3 Monate verstrichen sind, und der Erblasser noch lebt. Dieser Satz erfährt im Abs. 2 eine Einschränkung, indem Beginn und Lauf der Frist gehemmt sind, solange der Erblasser außerstande ist, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten. Das Testament gilt als nicht errichtet, d. h. es gilt ex tunc als unwirksam. Damit wird zugleich die aufhebende Wirkung des Testaments gegenüber einem früher errichteten Testament beseitigt. Bei der Berechnung der dreimonatlichen Frist sind also diejenigen Zeiträume nicht in Ansatz zu bringen, während der der Verfügende außerstande war, in ordentlicher Form zu testieren. Solche Hinderungsgründe sind z. B. darin begründet, daß der betreffende Ort, an dem sich der Testator befindet, infolge des Ausbruchs einer Krankheit oder sonstiger außerordentlicher Umstände abgesperrt worden ist, so daß die Errichtung des Testaments vor Richter oder Notar nicht möglich ist. Auch Stillstand der Rechtspflege kann die Verhinderung bedingen. Die Hinderungsgründe können auch in der Person des Erblassers liegen, welcher so schwer krank danieder liegt, daß sein Zustand jede Betätigung verbietet. Da das Gesetz im § 2252 Abs. 2 absolute Verhinderung des Erblassers nach seinem Wortlaut anscheinend fordert, um eine Hemmung des Laufs bezw. des Beginns der Frist als gerechtfertigt erscheinen zu lassen, so dürften solche Zeiträume in der Berechnung der Frist keine Berücksichtigung finden, während welcher nur eine Erschwerung der ordentlichen Testamentserrichtung, sei sie auch noch so bedeutend, eingetreten ist. Man wird jedoch analog § 2250 BGB. und als im Sinne des Gesetzes liegend annehmen dürfen, daß die Bestimmung des § 2250 BGB., welche bei Absperrung irgend welcher Art schon im Falle erheblicher Erschwerung der Testamentserrichtung vor Notar bezw. Richter die außerordentliche Form des § 2250 Abs. 1 BGB., also die dorftestamentliche sowohl wie die besondere des § 2250 Abs. 1 BGB. zuläßt, auch für die Interpretation des § 2252 Abs. 2 BGB. als leitender Gesichtspunkt

gelten muß, so daß die Worte des § 2252 Abs. 2 BGB. „außerstande ist" nicht in dem Sinne einer absoluten Verhinderung, sondern nur in demjenigen einer erheblichen Erschwerung der Testamentserrichtung vor Richter oder Notar zu deuten sind. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber nur im Falle der Absperrung es bei einer „erheblichen Erschwerung" genügen lassen will, sonst aber die strengere Voraussetzung fordert. Jedenfalls würde, wollte man dies auch annehmen, der § 2252 Abs. 2 BGB., der für die §§ 2249, 2250 und 2251 BGB. gleichmäßig gilt, bezüglich des § 2250 BGB. strengere Voraussetzungen fordern, als der grundlegende § 2250 BGB. selbst. Das wäre aber widersinnig. Demnach sind speziell bei dem Dorftestament in der Berechnung der dreimonatlichen Frist solche Zeiträume außer acht zu lassen, während welcher nur eine erhebliche Erschwerung der ordentlichen Testamentsform eingetreten ist.

Besondere Bestimmung gibt das Gesetz bezüglich der Fristberechnung, wenn der Erblasser nach dem Ablauf der Frist für tot erklärt wird. Das Testament behält dann seine Kraft, wenn die Frist zu der Zeit, zu welcher der Erblasser den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, noch nicht verstrichen war. Der § 2252 Abs. 4 BGB. enthält eine Modifikation des § 18 BGB., welcher die Vermutung aufstellt, daß der Verschollene bis zu dem Zeitpunkt gelebt hat, der als Zeitpunkt des Todes in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist. Nach § 18 Abs. 2 BGB. liegt dieser Zeitpunkt in der Regel in der Zeit nach Ablauf der im § 2252 Abs. 1 BGB. bestimmten Frist, während in dem Zeitpunkte, zu welchem der Testator den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, die Frist vielleicht noch nicht abgelaufen war. Durch die Vermutung des § 18 Abs. 1 BGB. müßte das Testament unter allen Umständen ungültig sein, ohne Rücksicht darauf, ob der Testator in Wirklichkeit vor oder nach der dreimonatlichen Frist gestorben ist. Dieser Unbilligkeit begegnet der § 2252 Abs. 4 BGB.

Die Beweisregelung ist einfach:

Wer die Wirksamkeit des Testamentes nach dem Tode des Erblassers bestreitet, muß den Beweis erbringen, daß dieser erst nach Ablauf der dreimonatlichen Frist gestorben ist. Hiergegen

ist der Beweis wieder zulässig, daß der Beginn und Lauf der Frist gehemmt war, so daß die dreimonatliche Frist als noch nicht abgelaufen anzusehen war. Im Falle der Todeserklärung hat derjenige, welcher sich auf die Wirksamkeit des Testaments stützt, nur den Nachweis zu führen, daß die Frist zu der Zeit, zu welcher der Erblasser den vorhandenen Nachrichten zufolge gelebt hat, noch nicht verstrichen war. Wird aber der Tag des Todes noch innerhalb der dreimonatlichen Frist angenommen, so hat derjenige, welcher die Wirksamkeit des an sich gültigen Testamentes bestreitet, zu beweisen, daß der Erblasser erst nachher gestorben ist.

§ 12.

Die Natur des vor dem Gemeindevorsteher errichteten Testamentes.

§ 2249 Abs. 1 letzter Satz BGB. lautet:

Der Gemeindevorsteher tritt an die Stelle des Richters oder Notars.

Ein von dem Richter bezw. dem Notar aufgenommenes Testament ist, vorausgesetzt, daß es der gesetzlichen Form entspricht, eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO.; denn es ist von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse bezw. von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises aufgenommen worden. Dasselbe muß von dem durch einen Gemeindevorsteher aufgenommenen Testamente gelten, weil dieser Beamte an die Stelle des Richters oder Notars tritt und somit bezüglich dieses Aktes dieselben Qualifikationen erhält wie diese Personen.

Das Dorftestament hat auch, da es über eine vor dem Gemeindevorsteher abgegebene Erklärung errichtet ist, die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde, erbringt also vollen Beweis bezüglich des darinnen seitens des Beamten beurkundeten Vorganges. Auch die Vermutung der Echtheit aus § 437 ZPO. wohnt dem Dorftestamente inne. Im besonderen ist das Dorftestament auch im Grundbuchverkehr als öffentliche Urkunde, die den Erbschein

ersetzt, zu behandeln (vgl. § 36 GBO.).[1] Die einzige, allerdings auch wesentliche Minderung der Wirkung des Dorftestamentes gegenüber dem vor Notar oder Richter errichteten Testament liegt in der zeitlichen Beschränkung der Gültigkeit desselben.

§ 13.

Das gemeinschaftliche Dorftestament.

Bei der Zulassung des gemeinschaftlichen Testaments ging man davon aus, daß es einem Bedürfnisse entspräche. Würde aber einmal das Bedürfnis anerkannt, so könne man sicher nicht sagen, daß dasselbe in den Fällen nicht vorhanden sei, in welchen die Ehegatten nur in einer außerordentlichen Testamentsform testieren könnten.[2])

Es gelten die allgemeinen Bestimmungen für das einfache Dorftestament auch für das gemeinschaftliche. Um aber das gemeinschaftliche Dorftestament nicht so gut wie unmöglich zu machen, hat es der Gesetzgeber als ausreichend erachtet, wenn die nach § 2249 BGB. vorauszusetzende und im Protokoll festzustellende Besorgnis nur in der Person eines der Ehegatten (vgl. § 2266 BGB.) begründet ist.

§ 14.

Die Haftung des Gemeindevorstehers wegen Formverletzung bei der Aufnahme des Dorftestaments.

Es interessiert seine Haftpflicht gegenüber den im Testamente Bedachten, wenn diese wegen Ungültigkeit des Testaments infolge Formmangels ausgefallen sind. Der Umfang der Haftpflicht bestimmt sich nach § 839 Abs. 1 BGB. § 823 BGB. kann nicht in Frage kommen, weil bei Ungültigkeit des Testaments infolge Formverletzung mit Beziehung auf die Bedachten weder von einer Verletzung eines ihnen bereits entstandenen Rechtes noch von einem Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen be-

---

[1]) vgl. den dahingehenden Beschluß d. KG. v. 21. 4. 1902; Johow Bd. 24 S. 89.

[2]) vgl. Prot. V S. 428.

zweckendes Gesetz gesprochen werden kann. Auch bei Anwendung des § 839 Abs. 1 BGB. ist es nicht ohne weiteres ersichtlich, ob sich daraus eine Haftpflicht des Gemeindevorstehers gegenüber den im Testamente Bedachten begründen läßt. In Praxis und Wissenschaft bestehen darüber Meinungsverschiedenheiten. Die eine Meinung behauptet, wenn mit Beziehung auf den Gemeindevorsteher von einer einem Dritten gegenüber zu beobachtenden Amtspflicht gesprochen werde, so komme nur das Verhältnis zwischen Gemeindevorsteher und Erblasser in Frage, auf dessen Antrag er überhaupt nur das Geschäft vorgenommen habe. Die andere Meinung erstreckt die Amtspflicht des Gemeindevorstehers auch auf das Verhältnis zwischen Erblasser und den im Testament Bedachten. Man wird sich mit dem Reichsgericht auf den letzteren Standpunkt zu stellen haben. Die Absicht des § 839 Abs. 1 BGB. ist, die Haftung des Beamten in der Weise zu begrenzen, daß bei demjenigen, welcher auf eine Verletzung der Amtspflicht seinen Regreß gründet, ein unmittelbares Interesse an der Erfüllung der betreffenden Amtspflicht vorliegen muß. Ausgeschlossen sind solche Personen, die bloß mittelbar, durch „Hinzutreten äußerlicher Umstände“ an der Erfüllung der Amtspflicht Interesse gewinnen. Bezüglich der in dem nichtigen Testament Bedachten trifft dies aber keinesfalls zu. Ein Hauptzweck der Testamentserrichtung ist doch, den darin Bedachten Vermögensvorteile zukommen zu lassen; diese haben andererseits ein direktes Interesse daran, daß sie in den Besitz dieser Vermögensvorteile gelangen, damit haben sie aber auch ein direktes Interesse daran, daß der Gemeindevorsteher seine Amtspflicht gewissenhaft erfüllt, damit nicht durch Nichtigkeit der erwartete Gewinn illusorisch wird. Verletzt daher der Gemeindevorsteher die Amtspflicht, so wird er den Bedachten gegenüber regreßpflichtig.[1])

Im Falle der Verletzung der gesetzlichen Form hängt die Schadensersatzpflicht des Gemeindevorstehers von der Entscheidung ab, ob er vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletzt hat. In dem vor den oldenburgischen Gerichten und Reichsgericht zur Kognition gekommenen Falle hatte der Gemeindevorsteher dadurch

---

[1]) vgl. die dahingehende Entsch. d. RG. v. 20. 6. 1904 Bd. 58 S. 297 ff.

die Nichtigkeit des Testaments verschuldet, daß er in dem Protokoll nicht die Feststellung traf, daß es vorgelesen, genehmigt und vom Erblasser unterschrieben sei. Mit Recht ist der Beamte für schadensersatzpflichtig erklärt worden; die Fahrlässigkeit war darin zu erblicken, daß dem Gemeindevorsteher bereits vor der Errichtung dieses Testamentes von der Regierung eine allgemeine Belehrung über die Erfordernisse eines vor dem Gemeindevorsteher zu errichtenden Nottestamentes erteilt war, in welcher ganz deutlich gesagt war, daß das Protokoll eine Feststellung der genannten Art enthalten müsse, und der sogar ein Formular eines solchen Protokolls beigefügt war, das der Gemeindevorsteher nur hätte abschreiben brauchen. Für die Feststellung der Fahrlässigkeit werden im allgemeinen folgende Gesichtspunkte zu gelten haben:

Wo in dem Geltungsgebiete des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Gemeindevorsteher für die Errichtung von Testamenten offizielle Anweisungen zuteil geworden sind, die durch Beifügung von Musterprotokollen über die Form des Protokolls zu Zweifeln irgend welcher Art keinen Raum geben, wird bei Formverletzung in der Regel Fahrlässigkeit angenommen werden müssen. Dagegen wird in Fällen, wo der Gemeindevorsteher nur auf Grund des nackten Gesetzestextes zur Testamentsaufnahme schreiten muß, die Grenze für Fahrlässigkeit recht hoch zu ziehen sein. Die Entscheidung ist davon abhängig, ob die betreffende Formverletzung einer klaren und deutlichen Gesetzesvorschrift zuwiderläuft — dann würde regelmäßig Fahrlässigkeit vorliegen —, oder ob sie auf einer Gesetzesvorschrift beruht, die es an der nötigen Verständlichkeit und der für den Laien notwendigen Klarheit fehlen läßt — dann würde Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein. Daß aber die Vorschriften des Gesetzes zu mehrfachen Zweifeln selbst dem Juristen Anlaß geben, beweisen die in Wissenschaft und Praxis vorhandenen Meinungsverschiedenheiten. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht[1]) in einem Falle entschieden, wo das von dem Schultheißen aufgenommene Testament wegen Verletzung der im § 2242 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorgeschriebenen Form nichtig

---

[1]) vgl. Entsch. v. 1. 2. 1904 in JurW. 1904 S. 144.

war. Im Protokoll war die ausdrückliche Feststellung, daß der Erblasser das Protokoll unterschrieben habe, weggelassen worden. Das Reichsgericht hat keine Fahrlässigkeit angenommen, indem es ausführt, daß der § 2242 Abs. 1 BGB. in Literatur wie Praxis zu verschiedenen erheblichen Zweifeln Veranlassung gegeben habe, woraus zu schließen sei, daß die angezogenen Gesetzesvorschriften keineswegs leicht verständlich seien und jedenfalls die für einen Laien nötige Klarheit vermissen ließen. Es könne daher auf keinen Fall darin eine Fahrlässigkeit erblickt werden, daß der Gemeindevorsteher eine Formverletzung deshalb begangen habe, weil er der Ansicht war, durch die von ihm nach der Unterschrift des Testators vorgenommene Vollziehung des Potokolls werde im Protokoll die eigenhändige Unterschrift des Testators festgestellt.

Anhang: Das Dorftestament in der Konsulargerichtsbarkeit und in den deutschen Schutzgebieten.[1]

Der dem § 2249 BGB. entsprechende Fall der Testamentserrichtung ist für die Konsulargerichtsbarkeit in § 38 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit geregelt; durch § 3 des Schutzgebietsgesetzes ist die Bestimmung des § 38 auch auf die Gerichtsbarkeit der kaiserlichen Gerichte in den Schutzgebieten ausgedehnt worden. § 38 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit bestimmt, daß im Falle des § 2249 Abs. 1 BGB. das Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen nach § 2250 BGB. errichtet werden kann, wobei der § 2249 Abs. 2 BGB. entsprechend Anwendung findet. Der § 38 läßt also zwei Formen der außerordentlichen Testamentserrichtung zu, nämlich

1. diejenige des § 2249 BGB., und wenn diese aus faktischen Gründen nicht Platz greifen kann, d. h. ein Beurkundungsbeamter mit der gesetzlichen Zuständigkeit nicht vorhanden ist, die Form der Testamentserrichtung in abgesperrten Orten, d. i. das Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen (§ 2250 Abs. 2 BGB.). Eine wesentliche Modifikation jedoch erhält diese Form

---

[1]) vgl. Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. 4. 1900 (RGBl. 1900 S. 221) und Schutzgebietsgesetz v. 10. 9. 1900 (RGBl. 1900 S. 813).

durch die Bestimmung des § 38, daß die Besorgnisfeststellung des § 2249 Abs. 2 BGB. auch hier hinzukommen muß. Es liegt hierin die Erleichterung für die Gültigkeit des so errichteten Testaments, indem die Voraussetzung zur Anwendung der außerordentlichen Form keine objektiv, sondern nur subjektiv begründete zu sein braucht.

Im einzelnen ist bezüglich der Form hervorzuheben:

Die Errichtung kann nur durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen erfolgen; es ist somit ausgeschlossen die Errichtung des Testamentes durch Übergabe einer Schrift. Ein am Sprechen verhinderter Erblasser kann in dieser Form überhaupt nicht testieren, da der § 2243 BGB. keine Anwendung finden darf. Ist der Testator der deutschen Sprache nicht mächtig, so kann er, weil die Zuziehung eines Dolmetschers nicht gestattet ist, nur in der Form des § 2245 BGB. testieren. Es müssen also die drei Zeugen seiner Sprache mächtig sein. Die drei Zeugen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein. Der § 2239 BGB. ist im § 2250 Abs. 2 BGB. zwar nicht angezogen, jedoch folgt die Anwesenheit aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, daß das Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden muß. Und wenn das Gesetz bei der normalen Testamentserrichtung und im Falle des § 2249 BGB. die Anwesenheit der beiden Zeugen während der ganzen Verhandlung fordert, so muß das aus denselben Gründen hier um so mehr angenommen werden, wo ein Beurkundungsbeamter nicht mitwirkt. Auf die Zeugen finden die Vorschriften der §§ 2234, 2235 und des § 2237 Nr. 1 bis 3 BGB. Anwendung.

Über die Errichtung ist ein Protokoll aufzunehmen. Während das Protokoll bei der Errichtung des Testaments vor einem Gemeindevorsteher als öffentliche Urkunde vollen Beweis für den darin beurkundeten Vorgang liefert, hat es hier nur die Beweiskraft einer Privaturkunde. Gleichgültig ist es, ob einer der Zeugen oder ein Dritter Schreiber des Protokolls ist, es genügt, daß die drei Zeugen sich durch ihre Unterschrift das Protokoll aneignen.[1])

---

[1]) vgl. Prot. V S. 346.

Die Ansicht der Protokolle, daß es genüge, wenn nur ein Zeuge sich das Protokoll aneigne; ist nicht richtig, denn sonst wäre nicht ersichtlich, in welche Beziehung zum Protokoll die drei gleichwertigen Unterschriften der Zeugen unter dem Protokoll zu bringen wären. Die drei mitwirkenden Zeugen haben die gleichen Funktionen; es ist nicht angängig, daß ein einzelner der Zeugen eine prävalierende Stellung dadurch einnimmt, daß er den Beurkundungsakt, der sonst dem Beamten zusteht, an sich reißt. Die Beurkundung wird von sämtlichen Zeugen im Prinzip gemeinschaftlich vorgenommen; jeder kann formulieren, Ausstellungen, Korrekturen machen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Eduard Schmidt, bin am 26. Mai 1879 zu Hildburghausen (Sachsen-Meiningen) geboren als Sohn des Fabrikbesitzers Bernhard Schmidt und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Papendick. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsbürger. Ich besuchte die Gymnasien zu Hildburghausen und Coburg und bestand an letzterem im Herbst 1900 das Abiturium. Sodann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Leipzig (2 S.), Straßburg i. E. (1 S.) und Berlin (3 S.) und hörte während meines Studiums die Professoren:

Hasse, Hölder, Friedberg, Degenkolb, Bücher, Goetz, Marcks, van Calker, Meyer, Knapp, v. Thur, Zimmermann, Dernburg, Seckel, Hellwig, Kohler, Schollmeyer, Wagner, v. Wenkstern, Heilborn, Dickel, Mendel, Straßmann, Brunner, Liszt.

Am 15. Juni 1904 bestand ich zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Durch AHK. vom 19. Dezember 1907 wurde ich zum Offizier im Grenadierregiment Graf Kleist von Nollendorf Nr. 6 befördert.